

الإشراف على نكت مسائل الخلاف

القاضي أبي محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي

المتوفى سنة ٤٢٢ هـ

قرأه وقدم له وعلّق عليه وخرّج أحاديثه وآثاره

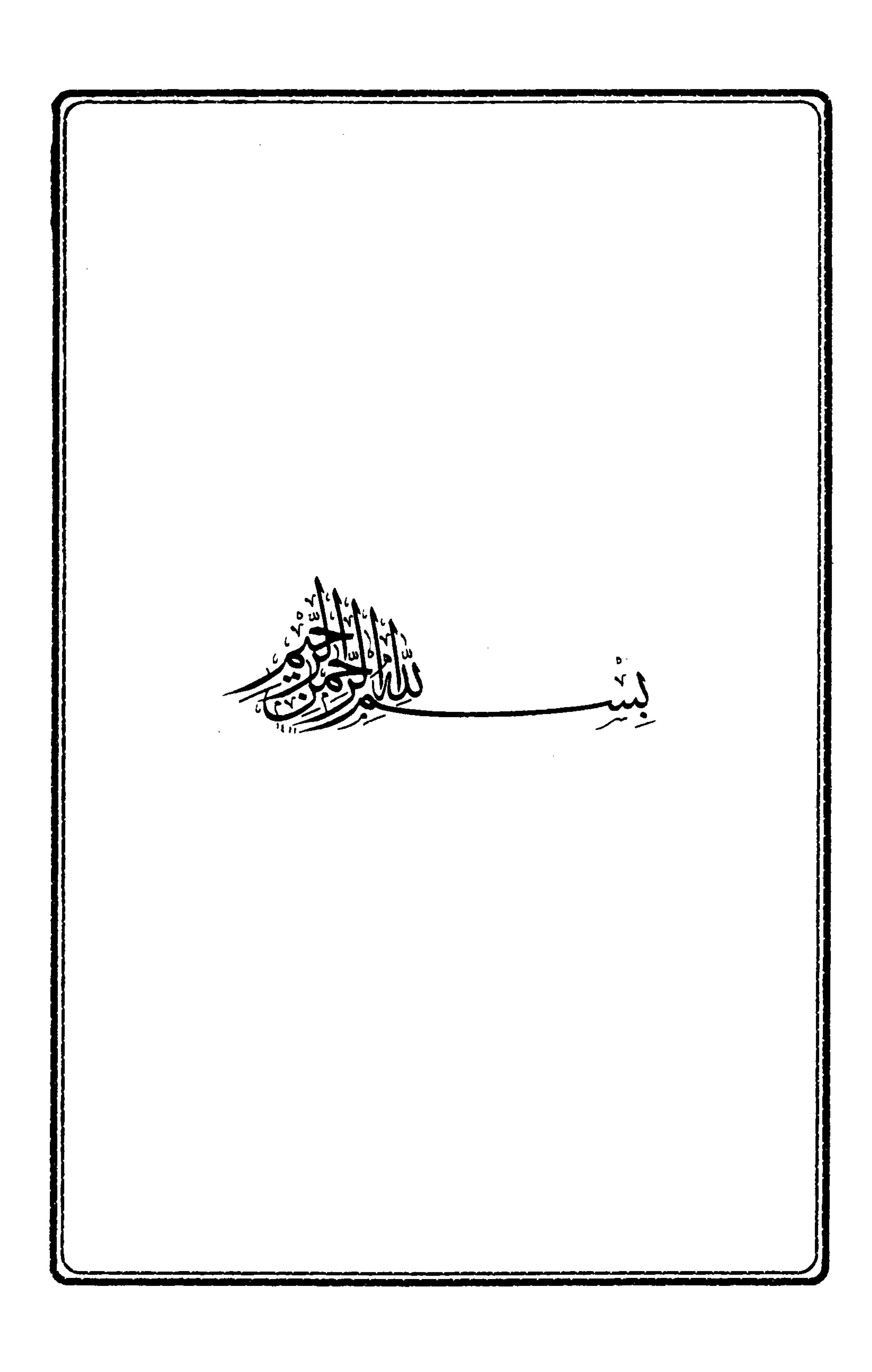
أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان

المجلد الخامس

الجزء الرابع والعشرون ـ الجزء الخامس والعشرون

مسألة ١٧٩١ ـ مسألة ١٩٧٠ + قسم من الفهارس

دار ابن القيم   دار ابن عفان


بسم الله الرحمن الرحيم


الإشراف
على نكت مسائل الخلاف

الطبعة الأولى

1429هـ - 2008 م

رقم الإيداع	2007 / 24822
الترقيم الدولي	977 - 375 - 096 - 5



دار ابن القيم للنشر والتوزيع

هاتف: ٤٣١٥٨٨٢- فاكس: ٤٣١٨٨٩١

الرياض:ص.ب : ١٥٦٤٧١

الرمز البريدى:١١٧٧٨

المملكة العربية السعودية

E-mail:ebnalqayyam@hotmail.com

دار ابن عفان للنشر والتوزيع

القاهرة:١١ درب الأتراك خلف الجامع الأزهر

ت: ٢٥٠٦٦٤٢٠- محمول: ٠١٠١٥٨٣٦٢٦

الإدارة:الجيزة برج الأطباء أول شارع فيصل

تليفون ٣٥٦٩٣٦١٥- تليفاكس: ٣٥٦٩٢٨٥٠-٣٣٢٥٥٨٢٠

ص.ب ٨بين السرايات

جمهورية مصر العربية

E-mail:ebnaffan@hotmail.com

الجزء الرابع والعشرون

من

كتاب الإشراف



كتاب الأقضية والشهادات

مسألة ١٧٩١

لا يجوز أن يكون القاضي من غير أهل الاجتهاد[١] خلافاً لأبي حنيفة[٢].

---

(١) «الموطأ» (٢ / ٧١٩)، «المنتقى» (٥ / ١٨٣)، «المدونة» (٥ / ١٨٣)، «الكافي» (٤٩٧)، «المعونة» (٣ / ١٥٠٠)، «أسهل المدارك» (٣ / ١٩٤، ١٩٦)، «فصول الأحكام» (ص ١٢٩)، «مواهب الجليل» (٦ / ٨٧ ـ ٨٨)، «بداية المجتهد» (٢ / ٤٦٠)، «الشرح الكبير» (٤ / ١٢٩)، «جامع الأمهات» (ص ٤٦٢)، «تبصرة الحكام» (١ / ١٨ ـ ١٩)، «الذخيرة» (١٠ / ١٦)، «العقد المنظم» (٢ / ١٩٢)، «البهجة» (١ / ١٩).

وذهب ابن شاس والقاضي أبو بكر إلى عدم اشتراط الاجتهاد.

انظر: «عقد الجواهر الثمينة» (١٣ / ٩٧)، «تبصرة الحكام» (١ / ١٨ ـ ١٩).

وهٰذا مذهب الشافعية.

انظر: «الأم» (٦ / ٢٠١)، «روضة الطالبين» (١١ / ٩٥)، «المستصفى» (٢ / ٣٥٩)، «المجموع» (٢٢ / ٣٢٠)، «الحاوي الكبير» (١٦ / ١٥٩ ـ ط دار الكتب العلمية)، «مغني المحتاج» (٤ / ٣٧٥)، «نهاية المحتاج» (٨ / ٨١، ٢٣٥ ـ ٢٣٦)، «فتح الوهاب» (٢ / ٢٠٧)، «أدب القضاء» لابن أبي الدم (١ / ٢٧٧ ـ ٢٨٦)، «تحفة المحتاج» (٤ / ٢٦٤)، «مختصر الخلافيات» (٥ / ١٢٦ رقم ٣٥١).

وهو مذهب الحنابلة.

انظر: «المغني» (١٤ / ١٢)، «الإنصاف» (١١ / ١٧٧)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ٥٣١)، «منتهى الإرادات» (٣ / ٤٩٢)، «كشاف القناع» (٦ / ٢٩٥ ـ ٢٩٦).

وهٰذا رأي ابن حزم. انظر: «المحلى» (٩ / ٣٣٦).

(٢) الصحيح عند الحنفية أنّ أهلية القاضي للاجتهاد شرط أولوية.

انظر: «مختصر الطحاوي» (٣٣٣)، «اللباب» (٤ / ٧٨)، «المبسوط» (١٦ / ٧٦، ٨٦)، «بدائع =

لقوله تعالى: ﴿لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ﴾ [النساء: ١٠٥]؛ وذٰلك يتضمن الاجتهاد، وقوله تعالى: ﴿فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ﴾ [ص: ٢٦]، والمقلد لا يعرف بتقليده الحق من الباطل.

وقوله ﷺ لمعاذ: «بم تحكم؟» قال: بكتاب الله، قال: «فإن لم تجد؟»، قال: بسنة رسول الله ﷺ، قال: «فإن لم تجد؟»، قال: أجتهد برأيي، فقال ﷺ: «الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله ﷺ لما يرضاه رسول الله ﷺ»(١).

= الصنائع» (٧ / ٣)، «البناية» (٧ / ٩ ـ ١١)، «رد المحتار» (٥ / ٣٦٥)، «فتح القدير» (٧ / ٢٥٦)، «تبيين الحقائق» (٤ / ١٧٥ ـ ١٧٦)، «أدب القضاء» للسروجي (٥٤١)، «روضة القضاة» (١ / ٥٤ ـ ٥٦).

(١) أخرجه أحمد في «المسند» (٥ / ٢٣٠ ، ٢٣٦ ، ٢٤٢)، وأبو داود في «السنن» (كتاب الأقضية، باب اجتهاد الرأي في القضاء، ٤ / ١٨ ـ ١٩ رقم ٣٥٩٢)، والترمذي في «الجامع» (أبواب الأحكام، باب ما جاء في القاضي كيف يقضي، ٣ / ٦١٦ رقم ١٣٢٧)، والدارمي في «السنن» (المقدمة، باب الفتيا وما فيه من الشدة، ١ / ٦٠)، والطيالسي في «المسند» (١ / ٢٨٦ ـ منحة المعبود)، وابن سعد في «الطبقات الكبرى» (٢ / ٣٤٧، ٥٨٤)، والجورقاني في «الأباطيل والمناكير والصحاح والمشاهير» (١ / ١٠٥ ـ ١٠٦ رقم ١٠١)، والعقيلي في «الضعفاء الكبير» (١ / ٢١٥)، وعبد بن حميد في «المسند» (١٢٤ ـ «المنتخب»)، والخطيب في «الفقيه والمتفقه» (ص ١٥٤ ـ ١٥٥، ١٨٨ ـ ١٨٩)، وابن عبدالبر في «جامع البيان» (٢ / ٥٥ ـ ٥٦)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٠ / ١١٤)، و «معرفة السنن والآثار» (١ / ١٧٣ ـ ١٧٤)، وابن الجوزي في «العلل المتناهية» (٢ / ٢٧٢)، وابن حزم في «الإحكام في أصول الأحكام» (٦ / ٢٦، ٣٥ و٧ / ١١١ ـ ١١٢) من طرق عن شعبة عن أبي عون الثقفي؛ قال: سمعتُ الحارث بن عمرو يحدث عن أصحاب معاذ من أهل حمص: أن رسول الله ﷺ لما بعث معاذاً إلى اليمن قال له: . . . وذكره، وذكر بعضهم أن شعبة قال في الحارث: «ابن أخي المغيرة بن شعبة».

ورجال إسناد الحديث ثقات إلى الحارث بن عمرو؛ فأبو عون اسمه محمد بن عبيدالله الثقفي، الكوفي، الأعور، ثقة، من الرابعة، كما في «التقريب» (٢ / ١٨٧)، و «التهذيب» (٩ / ٣٢٢).

ومدار إسناد الحديث على الحارث بن عمرو، قال الترمذي عقبه: «لا نعرفه إلا من هٰذا الوجه».

فتحرير حاله وبيان أصحاب معاذ، وهل هم الذين رفعوا الحديث أم رووه عن معاذ وهو الذي رفعه، هٰذه الأمور هي الفيصل في الحكم على الحديث.

الكلام على الحارث بن عمرو:

= قال ابن عدي في «الكامل» (٢ / ٦١٣): «سمعت ابن حماد يقول: قال البخاري: الحارث بن عمرو ابن أخي المغيرة بن شعبة عن أصحاب معاذ عن معاذ، روى عنه أبو عون، لا يصح ولا يعرف، والحارث بن عمرو وهو معروف بهٰذا الحديث الذي ذكره البخاري عن معاذ لما وجهه النبي ﷺ إلى اليمن فذكره» انتهى بحروفه.

قلت: المتمعن في هٰذا النقل يتأكد له ما قاله الترمذي من أن حديث معاذ لا يعرف إلا من طريق الحارث هٰذا، ووجدت الإمام البخاري رحمه الله تعالى في «التاريخ الكبير» (٢ / ١ / ١٧٧، ٢٧٥) يقول في الحارث وحديثه هٰذا: «لا يصح ولا يعرف إلا بهٰذا».

ونقله عنه العقيلي في «الضعفاء الكبير» (١ / ٢١٥)، وارتضاه بسكوته عنه، وكذٰلك فعل الحافظ ابن كثير القرشي في «تحفة الطالب بمعرفة أحاديث مختصر ابن الحاجب» (ص ١٥٢).

وجهّل الحارث بن عمرو جماعة من أهل العلم؛ منهم ابن الجوزي؛ فقال في «العلل المتناهية» (٢ / ٢٧٢): «. . . ثبوته لا يعرف لأن الحارث بن عمرو مجهول. . .»، وقال الجورقاني في «الأباطيل» (١ / ١٠٦): «هٰذا حديث باطل، رواه جماعة عن شعبة عن أبي عون الثقفي عن الحارث بن أخي المغيرة بن شعبة كما أوردناه، واعلم أنني تصفحت عن هٰذا الحديث في المسانيد الكبار والصغار، وسألت من لقيته من أهل العلم بالنقل عنه، فلم أجد له طريقاً غير هٰذا، والحارث بن عمرو هٰذا مجهول».

قلت: وقال بنحو كلام الجورقاني هٰذا شيخه ابن طاهر القيسراني في تصنيف مفرد في طرق هٰذا الحديث، ونقل خلاصة كلامه الحافظ ابن حجر في «التلخيص الحبير» (٤ / ١٨٣)؛ فقال: «اعلم أنني فحصت عن هٰذا الحديث في المسانيد الكبار والصغار، وسألت عنه من لقيته من أهل العلم بالنقل؛ فلم أجد له غير طريقين: أحدهما طريق شعبة، والأخرى عن محمد بن جابر، عن أشعث بن أبي الشعثاء، عن رجل من ثقيف، عن معاذ، وكلاهما لا يصح».

ثم أفاد الحافظ ابن حجر: أن الخطيب البغدادي أخرجه في كتاب «الفقيه والمتفقه» من رواية عبدالرحمٰن بن غنم، عن معاذ بن جبل، فلو كان الإسناد إلى عبدالرحمٰن ثابتاً؛ لكان كافياً في صحة الحديث. انتهى.

ولا بد هنا من ضرورة التأكيد على صحة ما قدّمناه عن جماعة من جهابذة الجرح والتعديل؛ أن الحارث بن عمرو قد تفرد بالحديث عن أصحاب معاذ، ومجرد وجود طرق أخرى من غير طريق أصحاب معاذ، لا يعني أن الحارث لم يتفرد به.

وهنا طريقان غير طريق الحارث:

الأولى: التي ذكرها ابن طاهر: محمد بن جابر عن أشعث بن أبي الشعثاء، عن رجل من ثقيف، عن=

= معاذ، وهي غير صحيحة كما قال ابن طاهر؛ للإبهام الذي فيها، ولضعف رواتها.
والثانية: طريق عبدالرحمٰن بن غنم عن معاذ وتفرد بها عبادة بن نُسَيّ ـ بضم النون، وفتح السين، بعدها ياء مشدّدة ـ، وهو من الرواة الأردنيين، يكنى أبا عمر، ثقة فاضل مات سنة ثمان عشرة ومئة؛ كما في «التهذيب» (٥/ ١١٣).
وروى هٰذا الحديث عن عبادة بن نُسَيّ محمد بن سعيد بن حسان، وقد أبهم في رواية الإمام سعيد بن يحيى بن سعيد الأموي في كتاب «المغازي» له؛ كما في «النكت الظراف» (٨/ ٤٢٢)، لابن حجر، و«تحفة الطالب» (ص ١٥٣) لابن كثير؛ فوقع إسناد الحديث عنده هٰكذا: قال الإمام سعيد بن يحيى: حدثني أبي، حدثني رجل، عن عبادة بن نسيّ به.
ولكن وقع التصريح به في «سنن ابن ماجه» (١/ ٢١/ رقم ٥٥)، ومن طريقه الجورقاني في «الأباطيل» (١/ ١٠٨ ـ ١٠٩/ رقم ١٠٢)، وابن عساكر في «تاريخ دمشق» (١٦/ ٣١٠/ أ)؛ فرواه من طريق الحسن بن حماد سجادة ـ صدوق ـ، ثنا يحيى بن سعيد الأموي عن محمد بن سعيد بن حسان عن عبادة به.
قال الجورقاني عقبه: «هٰذا حديث غريب حسن»، وذكره ابن القيم في «تهذيب السنن» (٥/ ٢١٣)، وقال: «هٰذا أجود إسناداً من الأول (أي: حديث معاذ المتكلّم عليه)، ولا ذكر للرأي فيه» انتهى.
قلت: ولفظ هٰذا الحديث: «لا تقضين ولا تفصلن إلا بما تعلم، فإن أشكل عليك أمر؛ فقف حتى تبينه أو تكتب إلي فيه».
وذكره الجورقاني وحسنه مع غرابته كما تقدم، ليبين بطلان لفظ حديث معاذ هٰذا، إذ أورده تحت عنوان «في خلاف ذٰلك».
وما أصاب الجورقاني ولا ابن القيم في قولهم أن إسناد هٰذا الحديث أجود من الحديث الذي فيه للرأي ذكر؛ إذ فيه «محمد بن سعيد بن حسان» وهو المصلوب، المتهم الكذاب.
قال ابن كثير في «تحفة الطالب» (ص ١٥٥) بعد أن ذكر طريق الأموي في «مغازيه» بوجود المبهم فيه، ومن ثم طريق ابن ماجه المبيّنة أنه المذكور؛ فقال: «فتبيناً بهٰذا أن الرجل الذي لم يسمّ في الرواية الأولى، هو محمد بن سعيد بن حسان، وهو المصلوب، وهو كذاب وضاع للحديث، اتفقوا على تركه».
ولهٰذا قال البوصيري في «زوائد ابن ماجه» (ورقة ٥/ ب): «هٰذا إسناد ضعيف، محمد بن سعيد هو المصلوب، اتّهم بوضع الحديث»، وقال ابن حجر في «موافقة الخبر الخبر» (١/ ١٢٢): «لا يصلح حديثه لاستشهاد ولا متابعة».

= نعم، لم يتفرد به محمد بن سعيد المصلوب؛ فقد رواه آخر عن عبادة بن نُسيّ، ولكن إسناده لا يفرح به؛ فقد أخرجه ابن عساكر في «تاريخ دمشق» (١٦ / ٣١٠ / أ) من طريق سليمان الشاذكوني: نا الهيثم بن عبدالغفار عن سبرة بن معبد عن عبادة به، ولكن الشاذكوني كذاب؛ فهٰذه الطريق كالماء، لا تشد شيئاً.

فالخلاصة أن هٰذين الطريقين غير صحيحين، ولهٰذا قال الحافظ عبدالحق الإشبيلي فيما نقله ابن الملقن في «تذكرة المحتاج» (ص ٧٠)، وابن حجر في «التلخيص» (٤ / ١٨٣): «لا يسند، ولا يوجد من وجه صحيح»، بل قال ابن الملقن في «البدر المنير» (٥ / ق ٢١٤): «وهو حديث ضعيف بإجماع أهل النقل فيما أعلم»، ونقل فيه عن ابن دحية في كتابه «إرشاد الباغية والرد على المعتدي مما وهم فيه الفقيه أبو بكر بن العربي»: «هٰذا حديث مشهور عند ضعفاء أهل الفقه، لا أصل له؛ فوجب اطراحه».

عودة على الحارث بن عمرو:

اضطرب الإمام الذهبي في الحكم على الحارث بن عمرو؛ فقال في ترجمته في «الميزان» (١ / ٤٣٩): «ما روى عن الحارث غير أبي عون؛ فهو مجهول»، وأورده في «مختصر العلل» (ص ١٠٤٦ ـ ١٠٤٧)، وقال: «قال ابن الجوزي وغيره الحارث مجهول، قلت (الذهبي): ما هو مجهول، بل روى عنه جماعة، وهو صدوق إن شاء الله».

كذا قال هنا، مع أنه قال في «الميزان»: «مجهول»؛ فانظر إلى هٰذا الاضطراب.

ولم يذكر لنا الجماعة الذين رووا عنه، أما إخراج بعضهم له من حيز الجهالة ـ كما فعل الكوثري في «مقالاته» (ص ٦٠ ـ ٦١) ـ بمجرد قول شعبة «ابن أخي المغيرة بن شعبة»؛ فلا شيء لأنه لم يقل أحد من علماء الحديث أن الراوي المجهول إذا عرف اسم جده أو بلده بله اسم أخي جده، خرج بذٰلك عن جهالة العين إلى جهالة الحال، قال الخطيب في «الكفاية»: «المجهول عند أهل الحديث من لم يعرفه العلماء ولا يعرف حديثه إلا من جهة واحد...»، ومن ثم؛ فإن قول «وهو ابن أخي المغيرة بن شعبة» يحتمل أن تكون ممن هو دون شعبة، والدليل إذا تطرق إليه الاحتمال سقط من الاستدلال.

أصحاب معاذ:

ضعف هٰذا الحديث كثير من المحدثين بجهالة أصحاب معاذ، قال ابن حزم: «هٰذا حديث ساقط، لم يروه أحد من غير هٰذا الطريق، (قلت: أي طريق الحارث)، وأول سقوطه أنه عن قوم مجهولين لم يسموا، فلا حجة فيمن لا يعرف من هو»، وقال بعد نقل البخاري السابق فيه ما نصه: «وهٰذا حديث باطل لا أصل له»، وقال الجورقاني: «وأصحاب معاذ من أهل حمص لا يعرفون، وبمثل =

= هٰذا الإسناد لا يعتمد عليه في أصل من أصول الشريعة»، وكذا قال ابن الجوزي في «الواهيات».
وأعلّه الحافظ العراقي في «تخريج أحاديث البيضاوي» (ص ٨٧ ـ بتحقيق العجمي) بجهالة أصحاب معاذ أيضاً، وسيأتي كلامه إن شاء الله تعالى.
وردّ العلامة ابن قيم الجوزية هٰذه العلة؛ فأجاب عنها بقوله في «إعلام الموقعين» (١ / ٢٤٣): «وأصحاب معاذ وإن كانوا غير مسمين؛ فلا يضره ذٰلك لأنه يدل علي شهرة الحديث، وشهرة أصحاب معاذ بالعلم والدين والفضل والصدق بالمحلّ الذي لا يخفى...»، وكذا قال ابن العربي في «العارضة» (٦ / ٧٢ ـ ٧٣)، وقبله الخطيب في «الفقيه والمتفقه» (١ / ١٨٩).
قلت: وكلامهم متين وقوي، ولكن علة الحديث غير محصورة في جهالة أصحاب معاذ؛ فالحديث يعل بالعلة الأولى والأخيرة، ولا يعل بهٰذه، ولبسط ذٰلك وتوضيحه أقوال في كون هٰذه العلة قاصرة غير صالحة: أخرج البخاري ـ الذي شرط الصحة ـ حديث عروة البارقي: «سمعت الحي يتحدثون عن عروة» ولم يكن ذٰلك الحديث في جملة المجهولات، وقال مالك في القسامة: «أخبرني رجال من كبراء قومه»، وفي «الصحيح» عن الزهري: «حدثني رجال عن أبي هريرة: من صلى على جنازة؛ فله قيراط».
فجهالة أصحاب معاذ جرح غير مؤثر، لا سيما أن مذهب جمع من المحدثين كابن رجب وابن كثير تحسين حديث المستور من التابعين، والجماعة خير من المستور كما لا يخفى، ولهٰذا لم يذكر ابن كثير في «تحفة الطالب» هٰذه العلة البتة، مع أن كلامه يفيد تضعيفه للحديث.
تنبيه: وقال الذهبي في «مختصر العلل» (ص ١٠٤٦ ـ ١٠٤٧) في رد هٰذه العلة: «وقال ـ أي ابن الجوزي ـ: وأصحاب معاذ لا يعرفون، قلت (الذهبي): ما في أصحاب محمد (!!) بحمد الله ضعيف لا سيما وهم جماعة».
كذا وقع فيه، والعبارة لا تخلو من أمرين؛ إما سليمة فهٰذا وهم من الذهبي رحمه الله، فأصحاب معاذ ليسوا أصحاب محمد ﷺ، حتى يقال فيهم هٰذا الكلام، والسياق يدل على أنهم من التابعين، والتابعي يجوز أن يكون ضعيفاً، وإما خطأ من النساخ، والصواب (أصحاب معاذ)، وهٰذا الظاهر؛ فحينئذ يتوافق ما قلناه مع ما عنده، مع ملاحظة أن التابعي يجوز أن يكون ضعيفاً.
الكلام على وصله وإرساله:
وخير من تكلم وحرر هٰذا المبحث الدارقطني في «العلل» (م ٢ / ٤٨ / ب و٤٩ / أ) (مخطوط)؛ فقال: «رواه شعبة عن أبي عون هٰكذا (أي: موصولاً)، وأرسله ابن مهدي وجماعات عنه، والمرسل أصح، قال أبو داود (أي الطيالسي): أكثر ما كان يحدثنا شعبة عن أصحاب معاذ، أن رسول الله ﷺ، وقال مرة: عن معاذ» انتهى.

= وقال الترمذي في الحديث: «ليس إسناده عندي بمتصل»، قال ابن حجر في «موافقة الخبر الخبر» (١ / ١١٨): «وكأنه نفى الاتصال باعتبار الإبهام الذي في بعض رواته، وهو أحد القولين في حكم المبهم».

وأعل العراقي الحديث في «تخريج أحاديث البيضاوي» بعلل ثلاث: الأولى: الإرسال هٰذا، الثانية: جهالة أصحاب معاذ، الثالثة: جهالة الحارث بن عمرو.

مسرد عام بأسماء من ضعف الحديث:

ضعف حديث معاذ هٰذا جماعة من جهابذة الحديث، على رأسهم أميرهم الإمام البخاري، وتلميذه الترمذي والدارقطني والعقيلي وابن طاهر القيسراني والجورقاني ـ بالراء المهملة وليس بالمعجمة، ذاك الجوزجاني صاحب «أحوال الرجال» ـ وابن حزم، والعراقي وابن الجوزي وابن كثير وابن حجر وغيرهم من الأقدمين، واضطرب فيه الذهبي كما بينا.

مسرد بأسماء من صحح الحديث:

صحح حديث معاذ هٰذا أبو بكر الرازي، وابن العربي المالكي في «عارضة الأحوذي»، والخطيب البغدادي وابن قيم الجوزية، وغيرهم من المتأخرين.

ملحظ من صححه ومن ضعفه:

نظر مصححوه إلى عدم كون جهالة أصحاب معاذ علة قادحة فيه، وتناسوا الإرسال وجهالة الحارث بن عمرو، أما من ضعفه؛ فبعضهم ذكر العلل القادحة ـ على ما بيناه ـ، وهما علتا الإرسال وجهالة الحارث، كالحافظ ابن كثير في «تخريج أحاديث منتهى ابن الحاجب»، وبعضهم زاد علة غير قادحة ـ على ما حققناه ـ وهي جهالة أصحاب معاذ، ونحى بعضهم منحى آخر؛ فقال بعد أن اعترف بضعفه وأنه لا يوجد له إسناد قائم: «لكن اشتهاره بين الناس وتلقيهم له بالقبول مما يقوي أمره»؛ كما فعل عبدالله الغماري في «تخريج أحاديث اللمع في أصول الفقه» (ص ٢٩٩)، وسبقه أبو العباس بن القاضي فيما نقله عنه الحافظ في «التلخيص» (٤ / ١٨٣)، وقال الغزالي في «المستصفى» (٢ / ٢٥٤): «وهٰذا حديث تلقته الأمة بالقبول، ولم يظهر أحد فيه طعناً وإنكاراً، وما كان كذلك؛ فلا يقدح فيه كونه مرسلاً، بل لا يجب البحث عن إسناده»، وأطلق صحّته جماعة من الفقهاء أيضاً كالباقلاني وأبي الطيب الطبري لشهرته وتلقي العلماء له، وكأني بالجورقاني يرد عليهم عندما قال في «الأباطيل» (١ / ١٠٦): «فإن قيل لك: إن الفقهاء قاطبة أوردوه في كتبهم واعتمدوا عليه؟ فقل: هٰذه طريقه، والخلف قلّد فيه السلف، فإن أظهروا غير هٰذا مما ثبت عند أهل النقل رجعنا إلى قولهم، وهٰذا مما لا يمكنهم ألبتة»، وكذٰلك ابن الجوزي عندما قال في «العلل المتناهية» (٢ / ٢٧٢): «وهٰذا حديث لا يصح وإن كان الفقهاء كلهم يذكرونه في كتبهم ويعتمدون عليه».

= هل معنى حديث معاذ صحيح؟

اختلف العلماء: هل معنى هٰذا الحديث صحيح أم لا؟ فمن نفى صحة معناه فنفيه لصحة مبناه من باب أولى، ولكن كان سبب صحة معناه عند بعضهم صحة مبناه؛ فكأنه صححه لشواهده، واعتدل آخرون فنفوا صحته من حيث الثبوت، وأثبتوها من حيث الدلالة، وإن كان إطلاق ذٰلك لا يسلم من كلام كما سيتبين معك إن شاء الله تعالى.

فممن صحح معنى الحديث وانبنى عليه تصحيحه لمبناه الإمام الذهبي؛ فقال في «مختصر العلل»: «هٰذا حديث حسن الإسناد، ومعناه صحيح؛ فإن الحاكم يضطر إلى الاجتهاد، وصح أن النبي ﷺ قال: «إذا اجتهد أحدكم فأصاب فله أجران، وإن اجتهد فأخطأ فله أجر»».

فتحسينه لإسناده غير صحيح؛ إذ لم يسلم من علة الإرسال وجهالة الحارث، ولكن تصحيح معناه فيما يتعلق بالاجتهاد عند فقدان النص صحيح، لا مجال للقول بخلافه، لا سيما أن شواهد كثيرة من نصوص أخرى تؤكد هٰذا المعنى.

وأطلق ابن الجوزي تصحيح معنى الحديث في «العلل المتناهية» (٢ / ٢٧٢) وإن كان يرى عدم ثبوته؛ فقال: «. . . ولعمري إن كان معناه صحيحاً، إنما ثبوته لا يعرف».

قلت: وإطلاق تصحيح معناه فيه نظر؛ فمتنه لا يخلو من نكارة؛ إذ فيه تصنيف السنة مع القرآن وإنزاله إياه معه منزلة الاجتهاد منهما، فكما أنه لا يجوز الاجتهاد مع وجود النص في الكتاب والسنة؛ فكذٰلك لا يأخذ بالسنة إلا إذا لم يجد في الكتاب، وهٰذا التفريق بينهما مما لا يقول به مسلم، بل الواجب النظر في الكتاب والسنة معاً، وعدم التفريق بينهما؛ لما علم من أن السنة تبين مجمل القرآن، وتقيد مطلقه، وتخصص عمومه كما هو معلوم. أفاده شيخنا الألباني في «السلسلة الضعيفة» (رقم ٨٨١).

الخلاصة وتنبيهات:

وخلاصة ما تقدم أن حديث معاذ هٰذا أعلّ بثلاث علل، لم تسلم واحدة منها، وهي جهالة أصحاب معاذ وبقيت اثنتان وهي: جهالة الحارث والإرسال؛ فهو ضعيف من حيث الثبوت، وصحيح في بعض معناه، ومنكر في التفرقة بين الكتاب والسنة من حيث الحجية، وحصر حجية السنة عند فقد الكتاب؛ كما ذكرناه آنفاً.

ونختم الكلام على هٰذا الحديث بملاحظتين:

الأولى: أفاد ابن حزم في «ملخص إبطال القياس» (ص ١٤) أن بعضهم موّه وادعى فيه التواتر!! قال: «وهٰذا كذب، بل هو ضد التواتر؛ لأنه لا يعرف إلا عن أبي عون، وما احتج به أحد من المتقدمين»، وأقره الحافظ ابن حجر في «التلخيص الحبير» (٤ / ١٨٣).

وقوله: «إذا اجتهد الحاكم فأخطأ؛ فله أجر، وإذا اجتهد فأصاب؛ فله أجران»[١].

وكل هٰذا يقتضي أن يكون من صفات الحاكم أن يكون من أهل الاجتهاد.

ولأن التقليد ليس بطريق إلى العلم، وإنما يجوز للعامي للضرورة؛ ولا ضرورة إلى تقليد الحاكم ليقلد غيره.

ولأن القضاء آكد وأقوى من الفتيا؛ لأن الحاكم يلزم غيره بحكمه الحقوق، والمستفتي لا يلزمه المسير إلى فتيا المفتي، فإذا لم يجز للمفتي أن يكون مقلداً؛ فالقاضي أولى[٢].

= والأخيرة: قال ابن طاهر القيسراني: «وأقبح ما رأيت فيه قول إمام الحرمين في كتاب «أصول الفقه»: والعمدة في هٰذا الباب على حديث معاذ! قال: وهٰذه زلة منه، ولو كان عالماً بالنقل لما ارتكب هٰذه الجهالة».

وتعقبه الحافظ في «التلخيص» (٤ / ١٨٣) فقال: «قلت: أساء الأدب على إمام الحرمين، وكان يمكنه أن يعبر بألين من هٰذه العبارة، مع أن كلام إمام الحرمين أشد مما نقل عنه؛ فإنه قال: والحديث مدوّن في الصحاح، متفق على صحته، لا يتطرق إليه التأويل، كذا قال رحمه الله».

اللهم ارزقنا الأدب مع علمائنا ومشايخنا، وتقبل منا، وارزقنا السداد والصواب، وجنّبنا الخطأ والخلل والفحش.

(١) أخرجه البخاري في «صحيحه» (كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب أجر الحاكم إذا اجتهد، رقم ٧٣٥٢)، ومسلم في «صحيحه» (كتاب الأقضية، باب بيان أجر الحاكم إذا اجتهد، رقم ١٧١٦) عن عمرو بن العاص رفعه.

(٢) يقدم في ولاية القضاء الأعلم، الأورع، الأكفأ، فإن كان أحدهما أعلم والآخر أورع، قدم ـ فيما يظهر حكمه، ويخاف فيه الهوى ـ الأورع، وفيما يدق حكمه ويخاف فيه الاشتباه الأعلم.

ويقدمان (أي: الأعلم والأورع) على الأكفأ إن كان القاضي مؤيداً تأييداً تاماً من جهة والي الحرب أو العامة.

وليس بلازم لولاية القضاء أن يكون القاضي قد بلغ درجة الاجتهاد، بل الظاهر وجوب تولية الأمثل فالأمثل ـ كيفما تيسر ـ من حيث الإمكانات العلمية، ويجوز للقاضي التقليد لمن يرضى علمه ودينه.

أفاده ابن تيمية في «مجموع الفتاوى» (٢٨ / ٢٥٨، ٢٥٩)، وزاد: «ومتى أمكن في الحوادث =

مسألة ١٧٩٢

السنة عندنا أن يقعد القاضي للحكم في المسجد[١] خلافاً

= المشكلة معرفة ما دل عليه الكتاب والسنة كان هو الواجب، وإن لم يمكن ذلك لضيق الوقت، أو عجز الطالب، أو تكافؤ الأدلة عنده، أو غير ذلك، فله أن يقلد من يرتضي علمه ودينه، وهذا أقوى الأقوال».

قال ابن الهمام في «فتح القدير» (٧ / ٢٥٦): «فاشتراطه ضائع (يعني اشتراط الاجتهاد)، والمراد بالعلم ليس ما يقطع بصوابه، بل ما يظنه المجتهد، فإنه لا قطع في مسائل الفقه، وإذا قضى بقبول مجتهد فيه فقد قضى بذلك العلم، وهو المطلوب، وكون معاذاً قال: «أجتهد برأيي» لا يلزم منه اشتراطه».

ولا يخفى أن ما ذهب إليه الحنفية من جواز ولاية القضاء للمقلد إنما هو على إطلاقه، في حين أن المفهوم من كلام ابن تيمية: أن ذلك مقيد بتعذر وجود المجتهد، أو أنه موجود ولم يمكنه الاجتهاد؛ إما لضيق الوقت، وإما لتكافؤ الأدلة، وهو ما قاله بعض المالكية (كابن شاس والقاضي أبي بكر)؛ ما دام يقضي بفتوى مقلده بنص النازلة.

وللمازري بهذا الخصوص كلام يظهر به صواب ما ذهب إليه ابن تيمية في هذا الاختيار، قال المازري في اشتراط كون القاضي نظاراً (أي مجتهداً): «هذه المسائل تكلم عليها العلماء الماضون لما كان العلم في أعصارهم كثيراً منتشراً، وشغل أكثر أهله بالاستنباط والمناظرة على المذاهب، وأما عصرنا هذا فإنه لا يوجد في الإقليم الواسع العظيم مفت نظار قد حصّل آلة الاجتهاد، واستبحر في أصول الفقه ومعرفة اللسان والسنن، والاطلاع على ما في القرآن من الأحكام، والاقتدار على تأويل ما يجب تأويله، وبناء ما تعارض بعضه على بعض، وترجيح ظاهر على ظاهر، ومعرفة الأقيسة وحدودها وطرق استخراجها، وترجيح العلل والأقيسة بعضها على بعض، هذا الأمر زماننا عار منه في إقليم المغرب فضلاً عمن يكون قاضياً على هذه الصفة»

ويجدر بنا أن نشير إلى تاريخ وفاة المازري، وهو سنة (٥٣٦هـ)، والأمة يومئذ لم يزل فيها علماء مجتهدون وأئمة ورعون، ولست أدري ماذا كان يقول لو عاش حتى ذالكم العصر الذي نعيشه؟!

وإذا علم هذا الذي تقدم فإنه يظهر به أن ما ذهب إليه ابن تيمية في هذه المسألة متوجِّه قوي. من «الجامع للاختيارات الفقهية لشيخ الإسلام ابن تيمية» (٣/ ١٢٦٥، ١٢٦٧ ـ ١٢٦٨) بتصرف.

(١) «الموطأ» (٢ / ٧١٩). «المدونة» (٤ / ٧٦)، «الكافي» (٤٩٧)، «المعونة» (٣ / ١٥٠١)، «جامع الأمهات» (ص ٤٦٣)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣ / ١٠٨)، «الذخيرة» (١٠ / ٥٩)، «أسهل المدارك» (٣ / ١٩٩)، «الخرشي» (٧ / ١٤٧)، «منح الجليل» (٤ / ١٥٣)، «تفسير القرطبي» (١٥ / ١٦٤، ١٨٠)، «العقد المنظم» (٢ / ١٩٣)، «تبصرة الحكام» (١ / ٢٦ ـ ٢٧).

للشافعي[١].

لأن النبي ﷺ كان يحكم فيه[٢]، وكذلك الأئمة

= ويجوز القضاء في المساجد عند الحنفية، مع عدم إقامة حد أو تعزير فيها.
انظر: «مختصر القدوري» (ص ١١٠)، «المبسوط» (١٦ / ٧٤ ـ ٧٩، ٨٢، ١٠٧)، «البناية» (٧ / ٢٢)، «روضة القضاة» (١ / ٩٨ ـ ١٠٠)، «شرح أدب القاضي» (١ / ٢٩٥ ـ ٣٠٠، ٣٠٩ ـ ٣١٠)، «أدب القضاء» (٥٤٢ ـ ٥٤٣) للسروجي، «درر الحكام» (٢ / ٤٠٦)، «الفواكه البدرية» (٧٥)، «رؤوس المسائل» (٥٢٥).
وهٰذا مذهب الحنابلة.
انظر: «المغني» (١١ / ٣٨٨ ـ ٣٨٩). «الفروع» (٣ / ٧٩٣)، «الأحكام السلطانية» (٦٨ ـ ٦٩) لأبي يعلى، «منتهى الإرادات» (٣ / ٤٦٨)، «كشاف القناع» (٦ / ٢٨٥، ٣١٢ ـ ٣١٣)، «الإفصاح» (٢ / ٣٤٥).

(١) «الأم» (٦ / ١٩٨)، «الوجيز» (٢ / ٢٤٠)، «روضة الطالبين» (١١ / ١٣٨)، «الحاوي الكبير» (١٦ / ٣٠)، «مختصر المزني» (٢٩٩)، «الإقناع» (١٩٤)، «حلية العلماء» (٨ / ١٢٥)، «المهذب» (٢ / ٢٩٤)، «إعلام الساجد» (٣٧٠) للزركشي، «أدب القضاء» (١ / ٣٢٧) لابن أبي الدم، «أدب القاضي» (١ / ٥٢) لابن القاص، «شرح المحلى على المنهاج» (٤ / ٢٩٨)، «مختصر الخلافيات» (٥ / ١٢١ رقم ٣٥٠)، «تحفة المحتاج» (١٠ / ١١٩ ـ مع «حواشي الشرواني والعبادي»).

(٢) ورد ذٰلك في أحاديث كثيرة، أقتصر منها على اثنين:
أحدهما: ما أخرجه البخاري في «صحيحه» (كتاب الطلاق، باب التلاعن في المسجد، رقم ٥٣٠٩)، ومسلم في «صحيحه» (كتاب اللعان، باب منه، رقم ١٤٩٢ بعد ٣) عن سهل بن سعد وفيه: إن رجلاً من الأنصار جاء إلى النبي ﷺ فقال: يا رسول الله! أرأيت رجلاً وجد مع امرأته رجلاً، فذكر حديث المتلاعنين بقصّته، وزاد فيه: «فتلاعنا في المسجد».
وانظر ألفاظه في «جامع الأصول» (١٠ / ٧١٤).
والآخر: ما أخرجه البخاري في «صحيحه» (كتاب الصلاة، باب التقاضي والملازمة في المسجد، رقم ٤٥٧)، ومسلم في «صحيحه» (كتاب المساقاة، باب استحباب الوضع من الدين، رقم ١٥٥٨) من حديث كعب بن مالك، وفيه قصة تقاضي ابن أبي حدرد ديناً كان له عليه في المسجد، فارتفعت أصواتهما، حتى سمعها رسول الله ﷺ، وهو في بيته، فخرج إليهما حتى كشف سجف حجرته، فنادى: يا كعب! قال: لبيك يا رسول الله! فأشار بيده: أن ضع الشطر من دينك، قال كعب: قد فعلتُ يا رسول الله، قال: «قم فاقضه!».

بعده[١]، وليقرب الوصول إليه على كل من أراده[٢].

مسألة ١٧٩٣

لا يجوز أن تكون المرأة حاكماً[٣] خلافاً لأبي حنيفة في قوله: يجوز أن تكون

= وانظر لزاماً: «نصب الراية» (٤ / ٧١)، «صحيح البخاري» (كتاب الأحكام، باب من قضى ولاعن في المسجد، وباب من حكم في المسجد حتى إذا أتى على حد أمر أن يخرج من المسجد، فيقام).

(١) يدلل عليه ما قاله البخاري في «صحيحه» (كتاب الأحكام، باب من قضى ولاعن في المسجد) وهٰذا نصه: «ولاعن عمر عند منبر النبي ﷺ، وقضى شريح والشعبي ويحيى بن يعمر في المسجد، وقضى مروان على زيد بن ثابت باليمين عند المنبر، وكان الحسن وزرارة بن أوفى يقضيان في الرحبة، خارج المسجد».
وانظر في وصل هٰذه الآثار ـ عدا الأول ـ «تغليق التعليق» (٥ / ٢٩٥)، و «فتح الباري» (١٣ / ١١٦).

(٢) الراجح هو جواز القضاء في المسجد، إذ لا يوجد دليل يمنع، ويمكن التفصيل في المسألة، فيقال: لا يخلو حال القاضي من أمرين:
الأمر الأول: أن يخصص ولي الأمر للقاضي مكاناً معيناً مهيئاً، وتأتيه القضايا بشكل منتظم ومعه من يساعده، فلا ينفذ حكمه إلا في المحكمة التي حددها له ولي الأمر؛ لأن هٰذا من تخصيص الولاية المكانية.
الأمر الثاني: إن لم يعين له الحاكم مكاناً محدداً فله ثلاث حالات:
الأولى: أن يكون معتكفاً في المسجد، فله أن يقضي بين الخصمين فيه.
الثانية: أن تتطلب القضية يميناً مغلظاً تغليظاً مكانياً للعان ونحوه، فيكون القضاء في المسجد.
الثالثة: أن تأتيه قضية من لا يتمكن من دخول المسجد لمانع شرعي، فإنه يخرج إليه ويقضي حاجته؛ لأنه هٰذه من حوائج المسلمين التي لا يقضيها سواه، هٰذا إن كانت القضية محالة إليه، أو لم يكن بالبلد قاض يقوم مقامه، وبذا نعمل بما احتج به الحنفية، ونكون قد جمعنا بين الأدلة كلها، وهو الواجب.
انظر: «المغني» (١١ / ٣٨٨)، «تبصرة الحكام» (١ / ٢٦)، «نظرية الدعوى» (١ / ٢١١ ـ ٢١٨)، «الأنظمة واللوائح والتعليمات الصادرة عن وزارة العدل بالمملكة العربية السعودية» (ص ٧ ـ ١٢ ـ ط ١)، «مجلة الأحكام على مذهب الإمام أحمد» (ص ٥٩١)، التعليق على «مختصر الخلافيات» (٥ / ١٢٢ ـ ١٢٣).

(٣) «المعونة» (٣ / ١٥٠٦ ـ ١٥٠٧)، «المنتقى» (٢ / ٢٧٨)، «أسهل المدارك» (٣ / ١٩٦)، «مواهب=

قاضية فيما تقبل شهادتها فيه[(١)]، ولبعض المتأخرين في قوله: يجوز أن تكون حاكماً في كل شيء[(٢)].

لقوله ﷺ: «أخروهن حيث أخرهن الله»[(٣)]، وقوله: «إنهن ناقصات عقل ودين»[(٤)].

= الجليل» (٦ / ٨٧ ـ ٨٨)، «بداية المجتهد» (٢ / ٤٦٠)، «جامع الأمهات» (ص ٤٦٢)، «تبصرة الحكام» (١ / ٢٤)، «القوانين الفقهية» (٢٩٤)، «تبصرة الحكام» (١ / ٢٢)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣ / ٩٧)، «الذخيرة» (١٠ / ١٦).

وهٰذا مذهب الشافعية.

انظر: «المهذب» (٢ / ٢٩١)، «الوجيز» (٢ / ٢٣٧)، «روضة الطالبين» (١١ / ٩٥)، «الحاوي الكبير» (١٦ / ١٥٦ ـ ط دار الكتب العلمية)، «المجموع» (٢٢ / ٣١٩)، «مغني المحتاج» (٤ / ٣٧٥)، «نهاية المحتاج» (٨ / ٨١)، «جواهر العقود» (١ / ٣٦٣)، «مختصر الخلافيات» (٥ / ١٢٩ رقم ٣٥٢).

وهو مذهب الحنابلة.

انظر: «المغني» (١٤ / ١٢ ـ ١٣)، «منتهى الإرادات» (٣ / ٤٩٢)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ٥٣١ ـ ٥٣٢)، «كشاف القناع» (٦ / ٢٩٤).

(١) «اللباب» (٤ / ٨٤)، «رد المحتار» (٥ / ٤٤٠)، «فتح القدير» (٧ / ٢٩٧)، «البحر الرائق» (٧ / ٥)، «البناية» (٧ / ٥٢)، «تبيين الحقائق» (٤ / ٧٥)، «مختصر القدوري» (١١٠)، «رؤوس المسائل» (٥٢٦)، «بدائع الصنائع» (٩ / ٤٠٧٩).

(٢) هو قول ابن جرير الطبري وابن حزم.

انظر: «موسوعة فقه الطبري» (١١٦)، «الأحكام السلطانية» (٦٥) للماوردي، «حلية العلماء» (٨ / ١١٤)، «المحلى» (٩ / ٤٢٩)، «تفسير القرطبي» (١٣ / ١٨٣)، «فتح الباري» (٨ / ١٢٨)، «بداية المجتهد» (٢ / ٤٦٠).

(٣) مضى تخريجه في كتاب الصلاة، وهو قول لابن مسعود.

(٤) أخرجه البخاري في «صحيحه»: (كتاب الحيض، باب ترك الحائض الصوم، رقم ٣٠٤)، ومسلم في «صحيحه» (كتاب الإيمان، باب بيان نقصان الإيمان بنقص الطاعات، رقم ٨٠) عن أبي سعيد الخدري ضمن حديث فيه: «ما رأيت من ناقصات عقل ودين أذهب للب الرجل الحازم من إحداكن».

وكل هٰذا تنبيه على نقص يمنع تقليدهن شيئاً من أمور الدين، وقوله ﷺ: «لا يفلح قوم أسندوا أمرهم إلى امرأة»[١].

ولأنها ولاية لفصل القضاء والخصومة فوجب أن ينافيها الأنوثية؛ كالإمامة الكبرى.

ولأن كل من لم يجز أن يكون حاكماً [في الحدود فكذٰلك][٢] في غير الحدود كالعبد[٣].

مسألة ١٧٩٤

لا يكتفى في معرفة الشهود بظاهر الحال[٤] خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إنه

---

(١) أخرجه البخاري في «صحيحه» (كتاب المغازي، باب كتاب النبي ﷺ إلى كسرى وقيصر، رقم ٤٤٢٤، ٤٤٢٥، وكتاب الفتن، باب منه، رقم ٧٠٩٩) عن أبي بكرة رفعه: «لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة» وفي رواية أحمد (٥ / ٤٣): «تملكهم امرأة».

(٢) سقطت من الأصل والمطبوع، وهي في «المعونة»، والسياق يقتضيها؛ فتأمل.

(٣) لم ينقل أن النبي ﷺ أو أحداً من خلفاءه؛ ولّى امرأة القضاء، ولو كان ذلك جائزاً لما امتنعوا عن توليتها، ويبعد أن يكونوا قد ولوا امرأة شيئاً من ذٰلك، ثم لم ينقل إلينا، حيث أن الرواة قد عنوا بنقل جميع الحوادث، التي لها اتصال بمسائل الشرع وأحكامه.
وانظر: «النظرية العامة لإثبات موجبات الحدود» (١ / ٩٦ ـ ٩٩).

(٤) «المدونة» (٤ / ٧٩)، «التفريع» (٢ / ٢٣٨)، «الرسالة» (٢٤٦)، «الكافي» (٤٦١)، «المعونة» (٣ / ١٥١٧)، «جامع الأمهات» (ص ٤٧٠)، «تفسير القرطبي» (١٦ / ٣١٣)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣ / ١١٣ ـ ١١٤)، «أحكام القرآن» (١ / ٤٠ ـ ٤١، ٢٥٤) لابن العربي، «الفروق» (٤ / ٣٤، ٨٤)، «جواهر الإكليل» (٢ / ٢٢٤)، «العقد المنظم للحكام» (٢ / ٢١٠ ـ بهامش «تبصرة الحكام»)، «أحكام الفصول» (٣٦٢)، «البهجة في شرح التحفة» (١ / ٩١)، «منح الجليل» (٤ / ٢١٦)، «توضيح الأحكام» (١ / ٧٤)، «حاشية الصاوي» (٤ / ٢٤٠).
وهٰذا مذهب أبي يوسف ومحمد وعليه الفتوى عند الحنفية.
انظر: «النتف» للسغدي (٢ / ٧٧٥ ـ ٧٧٦)، «الفتاوى الأنقروية» (١ / ٤١١).
وهو مذهب الشافعية.
انظر: «الأم» (٦ / ٢٠٤)، «أحكام القرآن» للشافعي (٢ / ١٤٣ ـ ١٤٤)، «المستصفى» (١ / ١٠٠ ـ ١٠١)، «المنخول» (٢٥٨)، «المحصول» (٢ / ٥٧٦)، «أدب القاضي» للماوردي (٢ / ١١ ـ =

يكتفى؛ إلا أن تكون الشهادة في حد[1].

فدليلنا قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا۟ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢]؛ يعني من المسلمين، وذلك يفيد مراعاة عدالة زائدة على الإسلام، وقوله تعالى: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾ [البقرة: ٢٨٢]؛ والرضى لا يكون إلا بعد البحث على حاله.

ولأن العدالة معنى مشروط في الشهادة يمكن اعتبار باطنه فلم يجز أن يحكم بظاهره؛ أصله الإسلام، لأن ظاهر الدار الإسلام.

= ١٤)، «أدب القضاء» (١ / ٣٨٥) لابن أبي الدم، «الإبهاج» (ص ٣١٩) للسبكي، «كفاية الأخيار» (٢ / ١٦٢)، «مغني المحتاج» (٤ / ٤٠٣)، «نهاية المحتاج» (٨ / ٢٦٤)، «تدريب الراوي» (ص ٣١٦)، «الفتاوى الفقهية الكبرى» (٤ / ٣٤٨).

وهو مذهب الحنابلة على الراجح.

انظر: «المغني» (١١ / ٤١٦)، «التمهيد» (٣ / ١٢١) لأبي الخطاب، «الإنصاف» (١١ / ٢٨٠)، «منتهى الإرادات» (٢ / ٥٩٣)، «نيل المآرب» (٢ / ٤٥٤)، «شرح الكوكب المنير» (٤١١ ـ ٤١٢)، «مطالب أولي النهى» (٦ / ٥١١)، «منار السبيل» (٢ / ٤٦٦).

وبه قال ابن حزم في «المحلى» (٩ / ٩٢٤).

(١) «مختصر الطحاوي» (٣٦٦)، «مختصر القدوري» (١٠٧)، «الاختيار» (٢ / ١٤١ ـ ١٤٢)، «اللباب» (٤ / ٦١)، «تحفة الفقهاء» (٣ / ١٢٦)، «مختصر اختلاف العلماء» (٣ / ٣٣١ رقم ١٤٦١)، «المبسوط» (١٦ / ٨٨)، «بدائع الصنائع» (٧ / ٣٧٧)، «الفواكه البدرية» (١٠٩)، «تبيين الحقائق» (٤ / ٢١٠)، «البحر الرائق» (٧ / ٦٣)، «فتح الغفار» (٢ / ٩٠) لابن نجيم، «العقود الدرية» (١ / ٢٣٧)، «شرح العيني على الكنز» (٢ / ٨٢)، «روضة القضاة» (١ / ٢١٢)، «شرح أدب القاضي» (٣ / ٣ ـ ١٩)، «حاشية الشلبي» (٤ / ٢١٠)، «رؤوس المسائل» (٥٢٧).

وهٰذه رواية عن أحمد، واختارها الخرقي والقاضي أبو بكر.

انظر: «المغني» (١١ / ٤١٦)، «روضة الناظر» (١ / ٢٨٦ ـ مع «نزهة الخاطر»)، «المحرر» (٢ / ٢٠٧)، «الإنصاف» (١١ / ٢٨٢)، «نيل المآرب» (٢ / ٤٥٤)، «منار السبيل» (٢ / ٤٦٦).

وذهب ابن فورك وسليم الرازي والمحب الطبري من الشافعية بقبول رواية المجهول، وهٰذا يلتقي مع رأي الحنفية، فتأمل!! وانظر «شرح جمع الجوامع» (٣ / ٢٤٦) للمحلّي.

وهٰذا مروي عن الحسن البصري والليث بن سعد والشعبي وإبراهيم النخعي، أفاده الجصاص في «أحكام القرآن» (١ / ٦٠٢)، وانظر لمذهب الحسن «شرح أدب القاضي» (٣ / ١٢).

ولأنها شهادة تتعلق بحكم الحاكم فلا يكتفى بظاهر الإسلام؛ أصله إذا كانت في قتل أو حد[1].

مسألة ١٧٩٥

إذا تقدم إلى الحاكم خصمان لا يعرف لغتهما، أو لغة أحدهما، واحتاج إلى من يترجم له عنهما؛ فإن كان ما تخاصما فيما يتضمن إقراراً بمال، أو ما يتعلق بالمال؛ قبل فيه رجل وامرأتان، وإن كان يتضمن إقراراً يتعلق بأحكام أبدان؛ لم يقبل فيه إلا اثنان. هٰكذا حصلته عمن درسنا عليه من شيوخنا[2].

وقال أبو حنيفة: يكفي فيه واحد، رجلاً كان أو امرأة[3].

وقال الشافعي: لا يكفي فيه أقل من اثنين[4].

فدليلنا على أبي حنيفة: أنها شهادة؛ فلم يقتصر فيها على الواحد كسائر الشهادات.

---

(١) سبب الاختلاف في المسألة: هل العدالة حق لله أم للخصوم، والراجح ما قاله الجمهور من أن العدالة حق لله تعالى، وأن العدالة المعتبرة في الشهود هي العدالة ظاهراً وباطناً، وهٰذا لا يكتفي في معرفتهم بظاهر الحال، والله أعلم.

(تفريع): يترتب على الأخذ برأي الجمهور: وجوب التزكية، وجواز الطعن في الأحكام التي تصدر دون البحث عن عدالة الشهود لعدم البحث.

وانظر بسط المسألة مع الأدلة والمناقشة والترجيح على وجه قوي ومسهب مستوعب في رسالة صديقنا الأستاذ شويش هزاع المحاميد ـ حفظه الله ـ «عدالة الشاهد في القضاء الإسلامي» (ص ١٤٥ ـ ١٦٢ مرقومة على آلة كاتبة).

(٢) «المعونة» (٣ / ١٥٠٨)، «الكافي» (٤٩٨)، «البيان والتحصيل» (٩ / ٢٠٥)، «جواهر الإكليل» (٢ / ٢٢٤).

(٣) «مختصر الطحاوي» (٣٢٩)، «الاختيار» (٢ / ٨٥)، «حاشية ابن عابدين» (٤ / ٣٧٤).

(٤) «مختصر المزني» (٢٩٩)، «الإقناع» (١٩٧)، «حلية العلماء» (٨ / ١٤٦).

وهٰذا مذهب محمد بن الحسن وزفر.

انظر: «فتح الباري» (١٣ / ١٨٧، ١٨٨).

وعلى الشافعي: أنها شهادة مقصودة، مقصود بها إتيان مال، كالشهادة على الشراء والبيع[1].

(١) بوب البخاري في «صحيحه» (كتاب الأحكام، باب ترجمة الحكام وهل يجوز ترجمان واحد؟، ١٣ / ١٨٥ ـ مع «الفتح»)، وأورد تحته ما علقه عن زيد بن ثابت أن النبي ﷺ أمره أن يتعلم كتاب اليهود، حتى كتبت للنبي ﷺ كتبه، وأقرأته كتبهم إذا كتبوا إليه؛ وقال: «وقال عمر ـ وعنده علي وعبدالرحمٰن وعثمان ـ ماذا تقول هٰذه؟ قال عبدالرحمٰن بن حاطب: فقلت تخبرك بصاحبها الذي صنع بها»، وقال أبو جمرة: «كنت أترجم بين ابن عباس وبين الناس»، وقال بعض الناس لا بد للحاكم من مترجمين، وأسند عن عبدالله بن عباس: «أن أبا سفيان بن حرب، أخبره أن هرقل أرسل في ركب من قريش، ثم قال لترجمانه: قل لهم إني سائل هٰذا، فإن كذبني فكذبوه ـ فذكر الحديث ـ، فقال الترجمان قل له: إن كان ما تقول حقاً فسيملك موضع قدمي هاتين».
وأفاد ابن حجر في «الفتح» (١٣ / ١٨٦) أن البخاري يشير فيما ترجمه على هٰذا الحديث وهٰذه الآثار إلى الاختلاف في ذٰلك؛ قال: «فالاكتفاء بالواحد قول الحنفية ورواية عن أحمد واختارها البخاري وابن المنذر وطائفة، وقال الشافعي ـ وهي الرواية الراجحة عند الحنابلة ـ: «إذا لم يعرف الحاكم لسان الخصم، لم يقبل فيه إلا عدلين»، لأنه نقل ما خفي على الحاكم إليه فيما يتعلق بالحكومة، فيشترط فيه العدل كالشهادة، ولأنه أخبر الحاكم بما لم يفهمه فكان كنقل الإقرار إليه من غير مجلسه».
ثم تكلم على وصل ما علقه من آثار، ثم نقل عن الكرماني قوله: «الحق أن البخاري لم يحرر هٰذه المسألة إذ لا نزاع لأحد: أنه يكفي ترجمان واحد عند الإخبار، وأنه لا بد من اثنين عند الشهادة، فيرجع الخلاف إلى أنها إخبار أو شهادة، فلو سلم الشافعي أنها أخبار لم يشترط العدد، ولو سلم الحنفي أنها شهادة لقال بالعدد، والصور المذكورة في الباب كلها إخبارات، أما المكتوبات فظاهر، وأما قصة المرأة وقول أبي جمرة فأظهر فلا محل لأن يقال على سبيل الاعتراض، وقال بعض الناس: بل الاعتراض عليه أوجه فإنه نصب الأدلة في غير ما ترجم عليه وهو ترجمة الحاكم إذ لا حكم فيما استدل به» انتهى.
وتعقبه بكلام جيد، قال فيه: «وهو أولى بأن يقـال في حقه أنه ما حرر، فإن أصل ما احتج به: اكتفاء النبي ﷺ بترجمة زيد بن ثابت واكتفائه به وحده، وإذا اعتمد عليه في قراءة الكتب التي ترد، وفي كتابة ما يرسله إلى من يكاتبه، التحق به اعتماده عليه فيما يترجم له عمن حضر من أهل ذٰلك اللسان، فإذا اكتفى بقوله في ذٰلك وأكثر تلك الأمور يشتمل على تلك الأحكام وقد يقع فيما طريقه منها الإخبار، ما يترتب عليه الحكم فكيف لا تتجه الحجة به للبخاري، وكيف يقال أنه ما حرر المسألة، وقد ترجم المحب الطبري في «الأحكام»: «ذكر اتخاذ مترجم والاكتفاء بواحد»، =

مسألة ١٧٩٦

إذا حكم الحاكم بحكم ونسيه؛ فإذا شهد به عنده شاهدان؛ قبل شهادتهما، وأنفذه، وإن لم يذكر[(١)].

= وأورد فيه حديث زيد بن ثابت وما علقه البخاري عن عمر وعن ابن عباس ثم قال: احتج بظاهر هٰذه الأحاديث من ذهب إلى جواز الاقتصار على مترجم واحد ولم يتعقبه.
وأما قصة المرأة مع عمر، فظاهر السياق: أنها كانت فيما يتعلق بالحكم، لأنه درأ الحد عن المرأة لجهلها بتحريم الزنا، بعد أن ادعى عليها وكاد يقيم عليها الحد، واكتفى في ذٰلك بإخبار واحد يترجم له عن لسانها، وأما قصة أبي جمرة مع ابن عباس وقصة هرقل فإنهما وإن كانا في مقام الإخبار المحض، فلعله إنما ذكرهما استظهاراً وتأكيداً، وأما دعواه أن الشافعي لو سلم أنها إخبار لما اشترط العدد... الخ؛ فصحيح، ولكن ليس فيه ما يمنع من نصب الخلاف مع من يشترط العدد، وأقل ما فيه: أنه إطلاق في موضع التقييد، فيحتاج إلى التنبيه عليه وإلى ذٰلك يشير البخاري: بتقييده بالحاكم فيؤخذ منه أن غير الحاكم يكتفي بالواحد، لأنه إخبار محض وليس النزاع فيه، وإنما النزاع فيما يقع عند الحاكم، فإن غالبه يؤول إلى الحكم ولا سيما عند من يقول: إن تصرف الحاكم بمجرده حكم، وقد قال ابن المنذر: القياس يقتضي اشتراط العدد في الأحكام، لأن كل شيىء غاب عن الحاكم لا يقبل فيه إلا البينة الكاملة، والواحد ليس بينة كاملة حتى يضم إليه كمال النصاب، غير أن الحديث إذا صح سقط النظر، وفي الاكتفاء بزيد بن ثابت وحده حجة ظاهرة لا يجوز خلافها. انتهى.
ويمكن أن يجاب أن ليس غير النبي ﷺ من الحكام في ذٰلك مثله؛ لإمكان اطلاعه على ما غاب عنه بالوحي بخلاف غيره، بل لا بد له من أكثر من واحد، فمهما كان طريقة الإخبار يكتفى فيه بالواحد، ومهما كان طريقة الشهادة لا بد فيه من استيفاء النصاب، وقد نقل الكرابيسي: أن الخلفاء الراشدين والملوك بعدهم لم يكن لهم إلا ترجمان واحد، وقد نقل ابن التين من رواية ابن عبدالحكم: لا يترجم إلا حر عدل، وإذا أقر المترجم بشيء فأحب إليّ أن يسمع ذٰلك منه شاهدان ويرفعان ذٰلك إلى الحاكم».
انظر: «فتح الباري» (١٣ / ١٨٦، ١٨٨ ـ ١٨٩).

(١) «التفريع» (٢ / ٢٤٦)، «الكافي» (٤٩٩ ـ ٥٠٠)، «المعونة» (٣ / ١٥٠٥)، «جامع الأمهات» (ص ٤٦٦)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣ / ١٢٠ ـ ١٢١)، «تفسير القرطبي» (١٦ / ١٨١ ـ ١٨٢)، «الذخيرة» (١٠ / ٩٠)، «مواهب الجليل» (٦ / ١٤١)، «أسهل المدارك» (٣ / ١٩٨، ١٩٩).
وهٰذا قول محمد بن الحسن.
انظر: المصادر الآتية.

وقال أبو حنيفة[١] والشافعي[٢]: لا يجوز له الرجوع إلى شهادتهما إلا أن يذكر هو.

فدليلنا أنها شهادة عنده على حكم؛ لو كان ذاكراً له لساغ قبولها والعمل به، فكذٰلك إذا كان ناسياً له فيجب أن يقبلها؛ أصله إذا شهد عنده بحكم غيره.

ولأنه قد تعلق بذٰلك حق لغيره، وهو ممن يشهد بثبوت الحق له.

فلو قلنا أن الشهادة غير مقبولة إلا بأن يذكرها، ومعلوم أنه ينسى ويشك؛ لأدى ذٰلك إلى تضييع حقوق الناس، ولكان لا معنى لإشهاده على إنفاذه.

ولأنه قد يتهم أن يجحد حكمه لعداوة بينه وبين المشهود له[٣].

= وهو قول الحنابلة. فهو المذهب عندهم، وعليه جماهير أصحابهم.
انظر: «الإنصاف» (١١ / ٣٠٦)، «منتهى الإرادات» (٣ / ٥٣٣)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ٥٣٤ ـ ٥٣٥).

وهو قول محمد بن الحسن، على خلاف بسطه الطحاوي في «اختلاف الفقهاء» (١ / ٢٠٧ ـ ٢٠٨)، وابن أبي ليلى، أفاده العيني في «البناية» (٧ / ١٥٠).

(١) «مختصر الطحاوي» (٣٢٩ ـ ٣٣٠)، «اختلاف الفقهاء» (١ / ٢٠٧ ـ ٢٠٨)، «المبسوط» (١٦ / ٩٢ ـ ٩٣)، «روضة القضاء» (١ / ٣١٧)، «شرح أدب القاضي» (٣ / ٩٦ ـ ٩٧)، «أدب القضاء» للسروجي (ص ٣٢٤)، «تبيين الحقائق» (٤ / ٢١٥)، «البناية» (٧ / ١٥٠)، «مجمع الأنهر» (٢ / ١٩٢).

(٢) «الإقناع» (١٩٦)، «حلية العلماء» (٨ / ٢١٥)، «روضة الطالبين» (١١ / ١٧٩ ـ ١٨٠)، «الحاوي الكبير» (١٦ / ٢٠٧ ـ ط دار الكتب العلمية)، «المجموع» (٢٢ / ٤١٥)، «مغني المحتاج» (٤ / ٣٩٩)، «أدب القضاء» (١٨٣) لابن أبي الدم.

(٣) ثبت أن النبي ﷺ رجع إلى قول غيره في قصة ذي اليدين، وثبت عن جماعة أنهم حدثوا ونسوا، فكان أحدهم يقول: حدثني فلان عني، وقد جمعهم الخطيب في مصنف خاص، استفاد منه السيوطي في جزئه «تذكرة المؤتسي فيمن حدث ونسي»، وانظر بعضاً منها في «المجالسة».
ويدلل على صحة هٰذا الاختيار قول الجوهري في «نوادر الفقهاء» (ص ٣٠٨): «وأجمع الصحابة على إجازة الشهادة ـ أي على قضاء القاضي ـ وإن كان القاضي لا يحفظ ذٰلك».
قلت: وذكره الطحاوي في «اختلاف الفقهاء» (١ / ٢٠٧) عن عمر والزبير.

مسألة ١٧٩٧

إذا كتب الحاكم إلى حاكم فمات المكتوب إليه أو عزل قبل وصول الكتاب إليه؛ فإن الحاكم الذي يلي بعده يقبله وينفذ ما فيه[(١)].

وقال أبو حنيفة: لا يجوز ذلك له[(٢)].

فدليلنا أن الحاكم الذي كتب لا يخلو أن يكون كتب بحكم حكم به، أو بشيء ثبت عنده، فإن كان كتب بحكم حكم به؛ فإن حكم الحاكم يلزم كل أحد تنفيذه. وإن كان بشيء ثبت عنده؛ فذٰلك جار مجرى الشهادة على الشهادة، وشهود الفرع إذا ماتوا جاز لغيرهم تحمل الشهادة؛ كذٰلك في مسألتنا[(٣)].

مسألة ١٧٩٨

إذا وجد في ديوانه حكماً بخطه، ولم يذكر أنه حكم به لم يجز أن يحكم به إلا أن يشهد به عنده شاهدان[(٤)]، خلافاً لابن أبي ليلى في قوله: يحكم بخطه[(٥)].

---

(١) «المعونة» (٣/ ١٥١٢)، «جامع الأمهات» (ص ٤٦٦، ٤٦٧)، «الذخيرة» (١٠/ ١٠٥)، «الكافي» (٥٠٠)، «تبصرة الحكام» (٢/ ٤١).
وهٰذا مذهب البغداديين من الشافعية والحنابلة.
انظر: «أدب القاضي» (٢/ ١٤٠ ـ ١٤١) للماوردي، «كشاف القناع» (٦/ ٣٦٦).

(٢) «مختصر الطحاوي» (٣٣٠)، «أدب القضاء» (١٤٥ ـ ١٤٦) للسروجي، «المبسوط» (١٦/ ٩٦)، «روضة القضاة» (١/ ٣٤٠)، «شرح أدب القضاء» (٣/ ٢٨١، ٢٨٨) للصدر الشهيد، «الفتاوى الخانية» (٢/ ٤٨٨).

(٣) المعوّل على ما حفظه الشهود وتحمّلوه، ومن تحمَّل شهادة وشهد بها وجب على كل قاض الحكم بها.

(٤) «المدونة» (٤/ ٧٦)، «التفريع» (٢/ ٢٤٧)، «الكافي» (٥٠٢)، «المعونة» (٣/ ١٥٠٦)، «أسهل المدارك» (٣/ ١٩٨ ـ ١٩٩)، «مواهب الجليل» (٦/ ١٤١)، «جامع الأمهات» (ص ٤٦٦)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣/ ١٢٠)، «الذخيرة» (١٠/ ٩٠)، «تفسير القرطبي» (١٦/ ١٨١) ـ وفيه: «وقد كان مالك رحمه الله يحكم بالخط إذا عرف الشاهد خطه، وإذا عرف الحاكم خطه، أو خط من كتب إليه حكم به، ثم رجع عن ذٰلك حين ظهر في الناس ما ظهر من الحيل والتزوير» ـ.

(٥) «اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى» (١٥٨ ـ ١٥٩)، «بدائع الصنائع» (٩/ ٤٠٩١)، «تبيين الحقائق» (٤/ ٢١٥)، «حلية العلماء» (٨/ ١٤١)، «شرح أدب القاضي» (٣/ ١٠٥) للخصاف.

لأن الخط لا يسوغ العمل عليه دون ما يتضمنه كالشاهد يجد خطه ولا يذكر الشهادة.

ولأنه لم يثبت عنده أنه حكم به؛ فلم يجز أن يحكم به قياساً على حكم غيره[(١)].

مسألة ١٧٩٩

ولا يحلِّفُ الحاكمُ المدَّعى عليه للمُدَّعي إلا لمعنى يزيد على مجرد الدعوى من معاملة تكون بينهما، أو مخالطة.

ومن أصحابنا من يقول: أو يكون المعنى يشبه في العادة أن يدعى مثلها عليه؛ إلا أن يكونا غريبين، فلا يراعى ذلك فيهما[(٢)].

وقال أبو حنيفة[(٣)] والشافعي[(٤)]: يحلِّفه ولا يراعى شيء من ذلك.

---

(١) المقصود من خطه في ديوانه أن يتذكّر إذا نظر فيه، لأن الكتاب للقلب كالمرآة للعين، وإنما تعتبر المرآة ليحصل الإدراك بالعين فإذا لم يحصل كان وجوده كعدمه، فكذلك الديوان للتذكر بالقلب عند النظر فيه، فإذا لم يتذكر كان وجوده كعدمه، وهذا لأن الكتاب قد يزور ويفتعل، والخط يشبه الخط، وليس للقاضي أن يقضي إلا بما علم، وبوجود خطه في الديوان لا يستفيد العلم مع احتمال التزوير والافتعال فيه.
وانظر: «المبسوط» (١٦ / ٩٢)، «أدب القضاء» للسروجي (٣٤٤، ٣٤٩).

(٢) «الموطأ» (٢ / ٧٧٢)، «شرح الزرقاني على الموطأ» (٣ / ٣٩٥)، «المدونة» (٤ / ٧٦)، «التفريع» (٢ / ٢٤٣)، «الرسالة» (٢٤٥)، «الكافي» (٤٨٥ ـ ٤٨٧)، «المعونة» (٣ / ١٥٠٩)، «جامع الأمهات» (ص ٤٨٣)، «الفروق» (٤ / ٨١)، «تبصرة الحكام» (٢ / ١٥٣)، «الطريقة المرضية» (ص ٩٢)، «حاشية الدسوقي» (٤ / ١٤٥، ١٤٦)، «مسالك الدلالة» (٣١٦)، «شرح حدود ابن عرفة» (٢ / ٦٢) للرصاع.

(٣) «مختصر الطحاوي» (٣٦٤)، «شرح معاني الآثار» (٣ / ٢٠٢)، «شرح أدب القاضي» (٢ / ١١٥ ـ ١١٦) للخصاف، «المبسوط» (٢٦ / ١٠٦)، «البحر الرائق» (٧ / ٢٠٣)، «الفتاوى البزازية» (٥ / ١٩٩)، «الفواكه البدرية» (١٠٥)، «الفتاوى الغياثية» (ص ١٦٦)، «أدب القضاء» للسروجي (٤٥٢ ـ ٤٥٣) ـ وفيه أن هذا مذهب أبي يوسف ورجع إليه محمد، وأخذ أكثر المشايخ به ـ، «مجلة الأحكام العدلية» (رقم ١٦٢٩)، «مرآة المجلة» (٢/ ٣٨٣).

(٤) «اختلاف العراقيين» للشافعي (٧ / ١٤٠ ـ مع «الأم»)، «مختصر المزني» (٣٠٦ ـ ٣٠٧)، «أدب =

فدليلنا أن ما اعتبرناه مروي عن علي(١) رضي الله عنه؛ وهو صحابي إمام لا مخالف له.

ولأنا نعتبر الذرائع؛ وهي: منع المباح إذا قويت التهمة في التطرق به إلى الممنوع، وذلك موجود في مسألتنا؛ لأن اليمين تشق وتصعب على أهل الديانات وذوي الأقدار والمروءات؛ لئلا يسبق إليهم ظن(٢).

فلو أحلفنا كل مدعى عليه بنفس الدعوى؛ لتطرق بذلك لكل من يريد إيذاء غيره، وإغرامه شيئاً أن يدعي عليه شيئاً؛ فإذا أنكره أحلفه لتهمته بذلك، أو تدعوه الضرورة إلى أن يصانعه على شيء يفتدي به يمينه. فوجب حسم الباب، بأن له الضرر بالمنع منه إلا أن يكون مع الدعوى شيء يقوّيها لضعف التهمة(٣).

= القاضي» (١ / ١٨٤، ٢٧٥) لابن القاص، «مغني المحتاج» (٤ / ٤٧٧)، «روضة الطالبين» (١٢ / ١١، ٤٣)، «أدب القضاء» (٢١٧) لابن أبي الدم، «حاشية الشرواني على التحفة» (١٠ / ٢٩٩)، «حاشية الشرقاوي» (٢ / ٥٠٩)، «جواهر العقود» (٢ / ٤٩٦)، «حلية العلماء» (٨ / ١٤١).

(١) يشير إلى ما أخرجه الدارقطني (٤ / ٢١٤)، والبيهقي (١٠ / ١٨٤) في «سننهما»، وابن القاص في «أدب القاضي» (١ / ٢٧٨)، وابن حزم في «المحلى» (١١ / ٣٧٧) عن علي قال: «اليمين مع الشاهد، فإن لم يكن له بينة، فاليمين على المدعى عليه، إذا كان قد خالطه، فإن نكل؛ حلف المدّعي» لفظ البيهقي.

ولفظ الدارقطني: «المدعى عليه أولى باليمين، فإن نكل أحلف صاحب الحق وأخذ».

وإسناده ضعيف جداً، فيه حسين بن عبدالله بن ضميرة، كذبه مالك، وقال أبو حاتم: متروك كذاب، وقال أحمد: لا يساوي شيئاً، وقال البخاري: منكر الحديث.

انظر: «الميزان» (١ / ٥٣٨) وفيه مجاهيل أيضاً. انظر: «اللسان» (٢ / ٢٨٩ ـ ٢٩٠).

وأخرج مالك في «الموطأ» (٢ / ٧٢٥)، والبيهقي (١٠ / ٢٥٣) نحوه عن عمر بن عبدالعزيز قوله، وعلقه البيهقي عن القاسم بن محمد، وانظر تعليقي على «سنن الدارقطني» (٤٤٠٠).

(٢) في (ط): «ظنه».

(٣) ما قرره المصنف قال به فقهاء المدينة السبعة، ورجحه ابن القيم في «الطرق الحكمية» (ص ٩٧ ـ ٩٨)، ومراعاته تقتضيه بعض الحالات، ولذا قال العز بن عبدالسلام في «قواعد الأحكام» (٢ / ١٢٢ ـ ١٢٥): «لو ادعى السوقة على الخليفة أو على عظيم من الملوك أنه استأجره لكنس داره وسياسة دوابه؛ فإن الشافعي يقبله»!!، قال: «وهذا في غاية البعد، ومخالفة الظاهر، وخالفه بعض =

مسألة ١٨٠٠

ويسمع الحاكم الدعوى على الغائب(١) ويحكم عليه إذا أقام خصمه الحاضر

= أصحابه، وخلافه متّجه لظهور كذب المدّعي».
وانظر ـ لزاماً ـ: «نظرية الدعوى» (١ / ٣٧٢ـ ٣٧٨)، «وسائل الإثبات» (١ / ٣٥٢، ٦٧٥).

(١) لا يقصد بالغياب ـ في هٰذا المقام ـ مجرد الغياب عن مجلس الحكم، فإن الفقهاء يكادون يتفقون على أن الغائب عن مجلس الحكم، الحاضر في البلد لا يصح الحكم عليه إلا بعد إحضاره، على أنهم لم يخل من بينهم من عمم المقصود بالغائب الذي يجوز الحكم عليه مع غيابه، فجعله يشمل كل غائب عن مجلس الحكم حتى ولو كان قريباً منه، ولكنه رأي مرجوج لا يعمل به، وقد ذهب إليه ابن حزم الظاهري في «المحلى» (٩ / ٣٦٦).

وهٰذا وقد وضع الفقهاء حداً للقرب الذي يعتبر به الشخص حاضراً لا يجوز الحكم عليه إلا بعد حضوره، ومع أن هنالك بعض الخلاف في تحديده إلا أن اجتهاداتهم فيه متقاربة إلى حد بعيد:

ـ فعند المالكية يعتبر قريباً من لم يبعد عن مجلس القضاء أكثر من مسيرة ثلاثة أيام، ولكن يشترط أن تكون الطريق التي توصله إلى الوقع الذي في مجلس الحكم آمنة، وإلا فإن هٰذه المسافة تعتبر بعيدة.

انظر: «تبصرة الحكام» (١ / ١٣٥)، «الشرح الكبير» (٤ / ١٦٢)، «فتح العلي المالك» (٢ / ٣٠١)، «الطريقة المرضية» (ص ٤١).

ـ وعند الشافعية قولان:

الأول: يذهب إلى أن حد البعد هو مسافة القصر، وذٰلك لأن الشارع اعتبرها في مواضع كثيرة.

الثاني: يذهب إلى أن حد البعد هو مسافة العدوى، وقد فسروها بأنها المسافة التي يقطعها الشخص ذهاباً وإياباً بحيث إذا خرج من بيته مبكراً عاد إلى أهله في نفس اليوم الذي خرج فيه.

والمبكر هو من يخرج قبيل طلوع الشمس، وذٰلك لأن في إيجاب الحضور من مسافة تزيد عن هٰذه مشقة بمفارقة الوطن ليلاً.

انظر: «تحفة المحتاج» (١٠ / ١٨٦)، «فتح المعين» (٤ / ٢٣٣).

ـ وعند الحنابلة البعد هو ما زاد عن مسافة القصر، ولا خلاف عندهم في ذٰلك.

انظر: كشاف القناع» (٤/ ٢٠٨)، «الروض الندي» (٥٦٥)، «الفروع» (٣ / ٨٢٨).

فالأصل إذن في تحديد الغائب والحاضر يعود إلى المسافة التي تفصل المطلوب عن مجلس الحكم، إلا أن هناك حالات لا ينظر فيها إلى المسافة، وإنما إلى الغياب عن المجلس فقط؛ وهٰذه هي:

أولاً: الامتناع والتمرد عن الحضور: فمن كان حاضراً في البلد أو قريباً من مجلس الحكم، ودعي =

البينة، وسأل الحكم له.

واستحسن مالك التوقف على الرباع، وقد قال: يحكم بها، وهو النظر[(١)].

وقال أبو حنيفة: يسمع دعوى الحاضر وبينته على الغائب، ولكن لا يحكم عليه، ولا على من هرب قبل الحكم، أو بعد إقامة البينة، ولا يحكم عنده على الغائب، إلا أن يتعلق الحكم بحاضر؛ مثل: أن يكون للغائب وكيل أو وصي، أو تكون جماعة شركاء في شيء؛ فيدعي على أحدهم وهو حاضر، فيحكم عليه وعلى الغائب[(٢)].

ودليلنا حديث أبي موسى؛ قال: «كان رسول الله ﷺ إذا حضره الخصمان،

= للحضور إليه، فامتنع عن تلبية ذلك، وتمرد على طالبيه، بحيث عجزوا عن إحضاره، فإنه يعامل معاملة الغائب، بل أشد معاملة، ومثل الامتناع والتعزز الاستتار في البلد، ومثلهم الهارب (أي بعد حضوره إلى المجلس)، انظر: «مغني المحتاج» (٤ / ٤٠٦).

ثانياً: المفقود: فإنه يعامل معاملة الغائب أيضاً، فالحنفية يرون جواز القضاء عليه، مع أنهم في الأصل لا يجيزون القضاء على الغائب.

ثالثاً: كل من لا يستطيع التعبير عن نفسه في جواب الدعوى كالميت والصغير والمجنون، وألحق بعضهم بهؤلاء المسجون الذي لا يقدر الوصول إليه، والحاضر في البلد الواسع والذي لا يهتدى إلى مكانه إلا بعد مضي مدة المسافة التي يجوز الحكم فيها على الغائب المعروف مكانه، من «نظرية الدعوى» (٢ / ٩٦ ـ ٩٧).

(١) «التفريع» (٢ / ٢٤٩)، «المعونة» (٣ / ١٥١٢)، «العقد المنظم للحكام» (٢ / ٢٠٠)، «تبصرة الحكام» (١ / ١٣٥)، «فتح العلي المالك» (٢ / ٣٠١)، «الطريقة المرضية» (٤٢ ـ ٤٣).

وفي الخلاف في الرباع. انظر: «المعونة» (٣ / ١٥١٣)، «جامع الأمهات» (ص ٤٦٧)، عقد الجواهر الثمينة» (٣ / ١٢٩)، «الذخيرة» (١٠ / ١١٢ ـ ١١٣، ١٦٨)، «الشرح الكبير» (٤ / ١٦٣)، «حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني» (٢ / ٢٩٧).

(٢) «اللباب» (٤ / ٨٨)، «المبسوط» (١٧ / ٣٩)، «البناية» (٧ / ٦٠)، «مختصر القدوري» (١١٠)، «رؤوس المسائل» (٥٢٤)، «تبيين الحقائق» (٤ / ١٩١)، «البحر الرائق» (٧ / ١٨)، «جامع الفصولين» (١ / ٥٣)، «الفواكه البدرية» (٦٥)، «أدب القضاء» (١٢١، ٥٤٦) للسروجي، «روضة القضاة» (١ / ١٩٤ ـ ١٩٥، ٢٩٥ ـ ٢٩٦)، «مختصر اختلاف العلماء» (٣ / ٤١٧)، «أحكام القرآن» (٣ / ٣٠٩) كلاهما للجصاص، «الجوهر النقي» (١٠ / ١٤١).

وتواعدا الحضور من الغد، فوفى أحدهما، ولم يف الآخر؛ قضى للذي وفى على الذي لم يَفِ»[(١)].

وقد علم أنه لم يقض عليه بمجرد دعوى خصمه، وإنما كان يقضي بالبينة؛ ولأنها بينة مسموعة فإذا طلب صاحبها الحكم بها وجب أن يكون له كما لو كان الخصم حاضراً، ولأن كل من جاز أن يقضي عليه بالبينة مع حضوره جاز، وإن لم يحضر، أصله الطفل والغائب إذا كان وكيله حاضراً.

ولأنها دعوى مستحقة على غائب، قامت بها بينة؛ فوجب أن يحكم به؛ أصله إذا ادعى عليه قتل خطأ، لا خلاف أنه يحكم للمدعي إذا أقام البينة بالدية على العاقلة، ولو كان غيّباً، ولأن غيبة المدعى عليه لا تمنع الحكم عليه؛ أصله إذا ادعى على ميت ديناً فأقام البينة، أو ادعى على جماعة غُيّب وأحدهم حاضر.

ولأن في ذٰلك ذريعة إلى إبطال حقوق الناس؛ لأنه لا يشاء أحد أن يأخذ أموال الناس ولا يؤديها إلا غاب، فلا يمكن القضاء عليه.

ولأن الاتفاق حاصل على أن الحاكم يسمع البينة عليه والفائدة في ذٰلك

---

(١) أخرجه أبو سعيد النقاش في «القضاة» ـ كما في «كنز العمال» (٣ / ١٨٣) ـ، والطبراني في «الأوسط» (٧٥٣٧)، بسنده إلى أبي موسى أن معاوية بن أبي سفيان قال له: أما علمت أن رسول الله ﷺ كان إذا اختصم إليه الخصمان، فاتعد الموعد، فجاء أحدهما ولم يأت الآخر؛ قضى رسول الله ﷺ للذي جاء على الذي لم يجيء.

فقال أبو موسى: إنما كان ذٰلك في الدابة والشاة والبعير.

وإسناده واه بمرة، فيه سليمان بن داود الشاذكوني متهم، ومع هٰذا فقد أعله الهيثمي في «المجمع» (٤ / ١٩٨) بأدنى منه، فقال: «فيه خالد بن نافع الأشعري، قال أبو حاتم: ليس بقوي، فيكتب حديثه، ضعّفه الأئمة»، وكذا فعل صاحب «كنز العمال» (٣ / ١٨٣).

(تنبيه): على فرض صحة الحديث، فإنه لا يدل على جواز القضاء على الغائب مطلقاً، والذي فيه أن من دعي إلى القضاء، فلم يمتثل ولم يأت في الموعد المحدد للمحاكمة، جاز الحكم عليه مع غيابه، والمفتى به عند الحنفية هو جواز القضاء على الممتنع أو المستتر.

انظر: «البحر الرائق» (٧ / ١٩ ـ ٢٠)، «موجز في المرافعات» لأحمد إبراهيم (١٢٣ ـ ١٢٤)، «نظرية الدعوى» (٢ / ٩٨ ـ ٩٩).

الحكم بها، وإلا لم ينتفع باستماعها.

ولأن أبا حنيفة موافقنا أن المرأة إذا ادعت نفقة على زوجها وهو غائب، وذكرت أن له وديعة عند رجل واعترف بها من هي عنده؛ أنه يقضي لها بنفقتها، ويؤخذ لها منه، فكذٰلك سائر الحقوق[1].

مسألة ١٨٠١

إذا ثبت الحق للمُدَّعي عند الحاكم بشهود عرف عدالتهما؛ حكم به ولم

---

(١) ما قرره المصنف قوي ووجيه، وبه قال جماهير العلماء سلفاً وخلفاً، وهو مذهب الشافعية والحنابلة، وقال به أبو يوسف بعد اتصاله بالقضاء، وممارسته مدة طويلة.

وقال شمس الأئمة الحلواني من الحنفية عنه: «هٰذا أرفق بالناس»، وبه قال كثير من علماء الحنفية المتأخرين؛ مع ضرورة اعتبار المصالح والضرورات في كل حالة على حدة، ولذا قال ابن قاضي سماوة في «جامع الفصولين» (١ / ٥٩ ـ ٦٠) ما نصه: «أقول: قد اضطربت آراؤهم وبيانهم في مسائل الحكم على الغائب وله، ولم يصف، ولم ينقل عنهم أصل قوي ظاهر تبنى عليه الفروع بلا اضطراب ولا إشكال، فالظاهر عندي أن يتأمل في الوقائع ويحتاط ويلاحظ الحرج والضرورات فيفتى بحسبها جوازاً أو فساداً، مثلاً: لو طلق امرأته عند العدول فغاب عن البلد ولا يعرف مكانه، أو يعرف ولكن يعجز عن إحضاره وعن أن تسافر إليه هي أو وكيلها لبعده أو لمانع آخر كأن لا يرضى أحد بالوكالة، وكذا المديون لو غاب عن البلد وله نقد في البلد أو نحو ذٰلك، ففي هٰذه المواضع لو برهن على الغائب بحيث اطمأن قلب القاضي وغلب على ظنه أنه حق لا تزوير ولا حيلة فيه، فينبغي أن يحكم على الغائب وله، وكذا ينبغي للمفتي أن يفتي بجوازه دفعاً للحرج والضرورات، وصيانة للحقوق عن الضياع مع أنه مجتهد فيه، ذهب إلى جوازه الشافعي ومالك وأحمد بن حنبل، وفيه روايتان عن أصحابنا، والأحوط أن ينصب عن الغائب وكيل يعرف أنه يراعي جانب الغائب ولا يفرط في حقه، فينصب الأولى له ثم الأولى، والله أعلم».

وانظر بسط المسألة وأدلتها في: «إحكام الأحكام» (٤ / ١٦٤) لابن دقيق العيد، «طرح التثريب» (٧ / ١٧٤)، «أدب القاضي» (٢ / ٣٦٠ وما بعد) لابن القاص، «أدب القاضي» (٢ / ٣١٥) للماوردي، «أدب القضاء» (٢٨٠ وما بعد) لابن أبي الدم، «مختصر خلافيات البيهقي» (رقم ٣٥٣)، «حلية العلماء» (٨ / ١٤٦ ـ ١٤٧)، «تحفة الأحوذي» (٢ / ٢٧٧)، «المحلى» (٩ / ٣٦٨ وما بعد)، «نظرية الدعوى» (٢ / ٩٦ ـ ١٢٦)، «النظرية العامة لإثبات موجبات الحدود» (١ / ١١٢ ـ ١٢٢).

يحلِّف المدَّعي مع شاهديه[1].

وقال ابن أبي ليلى: يحلِّفه مع البينة[2].

فدليلنا قوله ﷺ: «شاهداك أو يمينه»[3]، فلم يجعل عليه أكثر من الشهادة.

وقوله: «اليمين على المدّعى عليه»[4].

ولأن البينة حجة تامة، فلو احتجنا إلى اليمين معها لكانت ناقصة غير تامة[5].

مسألة ١٨٠٢

إذا ادعى رجل على رجل حقاً، وذكر أن بينته غائبة، وسأل القاضي أن يلزمه له إلى أن يقيم له كفيلاً بنفسه إلى أن يحضر البينة؛ لم يكن له ذٰلك، بل يقول له الحاكم: إن أردت إحلافه لك، وإلا فأطلقه إلى أن تحضر بيّنتك[6].

وقال أبو حنيفة: يلزمه أن يقيم كفيلاً عليه ببدنه ثلاثة أيام إلى أن يقيم البينة؛

---

(١) «المدونة» (٥ / ١٩٨ ـ ط دار صادر)، «جامع الأمهات» (ص ٤٨٣).

(٢) «مختصر اختلاف العلماء» (٣ / ٣٣٣)، «المبسوط» (١٦ / ١١٨)، «أدب القضاء» للسروجي (٤٥٣).

وأخرج ابن أبي شيبة في «المصنف» (٧ / ٢٦٤)، وابن سعد في «الطبقات الكبرى» (٦ / ١٣٣)؛ أن شريحاً كان يأخذ بيمين الرجل مع بيّنته.

ونقله السروجي عن ابن أبي ليلى وشُريح وقال: «وهو قول أهل المدينة وقضاتهم، وبه كان يقضي شريك، وابن غياث».

(٣) أخرج البخاري في «صحيحه» (كتاب الرهن، باب إذا اختلف الراهن والمرتهن ونحوه، فالبينة على المدّعي، واليمين على المدّعى عليه، رقم ٢٥١٥، ٢٥١٦). ومسلم في «صحيحه» (كتاب الأيمان، باب وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة، ١٣٨) عن عبدالله بن مسعود والأشعث بن قيس، ضمن حديث فيه قول الأشعث: كانت بيني وبين رجل خصومة في بئر؛ فاختصمنا إلى رسول الله ﷺ، فقال رسول الله ﷺ: . . . فذكره.

(٤) مضى تخريجه.

(٥) ما قرره المصنف هو الراجح، وعليه الدليل، وبه قال جماهير العلماء.

انظر: «أدب القاضي» (١ / ٢٣٢ ـ ٢٣٤) لابن القاص، «تبيين الحقائق» (٤ / ٣٠٠).

(٦) «جامع الأمهات» (ص ٤٨٣)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣ / ١٧٣)، «الذخيرة» (١٠ / ٢٩٤).

فإذا مضت ثلاثة أيام برئت ذمة الكفيل من الكفالة[١].

وقال أبو يوسف: يقيم كفيله أبداً إلى أن يقيم البينة[٢].

فدليلنا أنه لم يتوجه عليه حق، فلا معنى للكفيل؛ لأن فائدة الكفالة بالبدن إحضاره المستحق عليه، وأداء الحق الذي قد ثبت عليه، وكل ذلك معدوم.

ولأن كل حال أمكن القاضي فصل الحكم، لم يجز له إنفاذه؛ كما لو حضرت البينتان[٣].

مسألة ١٨٠٢

إذا حكَّم الخصمان بينهما رجلاً من أهل الاجتهاد لزمهما ما يحكم به بينهما إذا كان مما يجوز في الشرع؛ وافق رأي قاضي البلد أو خالفه[٤].

وقال أبو حنيفة: إن وافق رأي قاضي البلد لزم[٥].

---

(١) «شرح أدب القاضي» (٢ / ٢٧٧، ٢٧٨)، «روضة القضاة» (١ / ٢٩٣)، «مصنف عبدالرزاق» (٨ / ١٧٤)، «أدب القضاء» (١١٣ ـ ١١٤) للسُّروجي، «البناية» (٧ / ٤١٧ ـ ٤١٨).

(٢) نقله الصدر الشهيد في «شرح أدب القاضي» (٢ / ٢٧٨) وقال: «وهذا القول حسن، وهو أرفق بالناس في الزمن الأول، وما قلناه ـ أي المذهب؛ وعنده: «والصحيح أنه يأخذ إلى ثلاثة أيام» ـ أرفق في زماننا، حيث يجلس القاضي في كل يوم».
وانظر: «روضة القضاة» (١ / ٢٩٣)، «البناية» (٧ / ٤١٨).

(٣) اختلف السلف في أخذ الكفيل؛ روى قتادة والشعبي: أنه لا يجوز. وروي عن إبراهيم النخعي: أنه يجوز.
انظر: «مصنف عبدالرزاق» (٨ / ١٧١ ـ ١٧٤)، المراجع السابقة.

(٤) «المدونة» (٤ / ٧٧)، «التفريع» (٢ / ٢٤٨)، «الكافي» (٥٠١)، «المعونة» (٣ / ١٥١٠)، «الذخيرة» (١٠ / ٣٥ ـ ٣٦)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣ / ١٠٢)، «مواهب الجليل» (٤ / ٢٤١)، «تبصرة الحكام» (١ / ٥٥ ـ بهامش «فتح العلي المالك»)، «تفسير القرطبي» (٦ / ١٧٩ ـ ١٨٠) وفيه: ـ «وقال سحنون: يمضيه ـ أي القاضي ـ إن رآه صواباً» ـ.

(٥) «مختصر الطحاوي» (٣٣٣)، «اللباب» (٤ / ٨٨)، «الاختيار» (٢ / ٩٣)، «شرح أدب القاضي» (٤ / ٥٧)، «بدائع الصنائع» (٥ / ١٣٣)، «تبيين الحقائق» (٤ / ١٩٤)، «المبسوط» (١٦ / ١١١)، «فتح القدير» (٥ / ٧٨)، «معين الحكام» (٢٧، ٢٨)، «درر الحكام شرح مجلة الأحكام» (ص ٦٤٠).

وللشافعي قولان: أحدهما: لا يلزم، وتكون فتوى لا حكماً[١].

فدليلنا قوله ﷺ: «لكل مسلم شرطه»[٢]، ولأنه حكم بما يجوز في الشرع ممن يجوز الحكم به، فجاز أن يلزمهما كحكم قاضي البلد.

ودليلنا على أنه لا يعتبر وفاق رأي الحاكم أنه إذا ثبت تراضيهما به فقد صار حاكماً ينفذ حكمه عليهما، وصار بمنزلة حاكم آخر في البلد؛ لأن تراضيهما به يقوم مقام نصب السلطان له[٣].

مسألة ١٨٠٤

لا يجوز للحاكم أن يحكم بعلمه في شيء أصلاً، لا فيما علمه قبل الولاية ولا بعدها، لا في مجلس الحكم ولا في غيره، لا في حقوق الله ولا في حقوق الآدميين.

وقال عبدالملك: يحكم بعلمه في مجلس حكمه إذا حضر عنده الخصم فاعترف بحق خصمه[٤].

---

(١) «اختلاف العراقيين» (٧ / ١٠٣ ـ مع الأم)، «الإقناع» (١٩٧)، «المهذب» (٢ / ٢٩٠ ـ ٢٩١)، «المجموع» (٢٠ / ١٧٨)، «روضة الطالبين» (١١ / ٢١٧)، «نهاية المحتاج» (٨ / ٢٣٠)، «حلية العلماء» (٨ / ١١٧)، «مغني المحتاج» (٤ / ٣٧٨)، «أدب القاضي» (١ / ١٣٨) لابن القاص، «أدب القضاء» (١٧٦) لابن أبي الدم، «أدب القاضي» (٢ / ٣٧٩) للماوردي، «حاشيتا قليوبي وعميرة» (٤ / ٢٩٨).

(٢) ورد مرفوعاً بمعناه، كما قدمناه في التعليق على المسألة (٧٦١)، في تخريج هذا اللفظ.
ثم عثرت عليه بحروفه، أخرجه عبدالرزاق (٨ / ٥٨ رقم ١٤٢٩٨)، وابن أبي شيبة (٦ / ٥٦٩) في «مصنفيهما»؛ عن شريح قوله، وليس مرفوعاً للنبي ﷺ!!.

(٣) ما قرره المصنف قوي ووجيه، وبه قال الحنابلة.
انظر: «الإقناع» (٤ / ٣٧٦)، «التحكيم بين الشريعة والقانون» لعامر علي ـ نشر ليبيا ـ، «التحكيم بالقضاء والصلح» لأحمد أبو الوفا ـ دار المعارف ـ الإسكندرية، مقال «خصائص التحكيم وموقعه في الإسلام» لعبدالحميد الأحدب ـ منشور في مجلة «المصارف» العربية ـ العدد التاسع ١٩٨١م.

(٤) «المدونة» (٤ / ٧٨)، «التفريع» (٢ / ٢٤٥)، «الكافي» (٥٠٠)، «جامع الأمهات» (ص ٤٦٥)، =

وقال أبو حنيفة: يحكم في حقوق الآدميين فيما علمه بعد القضاء، ولا يحكم فيما علمه قبله[١].

وعند الشافعي: أنه يحكم بعلمه على الإطلاق إلا في الحدود، فلهم فيها وجهان[٢].

فدليلنا ما روي أنه ﷺ: بعث أبا جهم مصدقاً، فلاجّه رجلان فشجهما؛ فأتيا النبي ﷺ يطلبان القصاص، فبذل لهما مئة فرضيا؛ فقال: «إني أخطب الناس، وأذكر لهم ذلك؛ أفرضيتما؟»، قالا: نعم. فخطب الناس، ثم قال: «أرضيتما ـ بعد أن ذكر القصة ـ ؟»[٣]، فقالا: لا. فهمّ بهم المهاجرون والأنصار، فمنعهم النبي ﷺ، ثم نزل فزادهما، فرضيا. فصعد المنبر فقال: «أرضيتما؟» قالا: نعم[٤]. موضع التعلق أنه لم يحكم عليهما بعلمه لما جحدا أن يكونا رضيا.

= «المعونة» (٣ / ١٥٠٢ ـ ١٥٠٣)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣ / ١٢٠)، «الذخيرة» (١٠ / ٩٧)، «المنتقى» (٥ / ١٨٦)، «تبصرة الحكام» (٢ / ٢٥)، «الفروق» (٤ / ٤٥ ـ ٤٦).

(١) «الخراج» (ص ٣٦٠ ـ ط إحسان)، «مختصر الطحاوي» (٣٣٢)، «تحفة الفقهاء» (٣ / ٣٧٠)، «شرح أدب القاضي» (٢ / ٧٠) للخصاف، «مختصر اختلاف العلماء» (٣ / ٣٦٩ رقم ١٥٠٧)، «المبسوط» (١٦ / ١٠٤)، «تحفة الفقهاء» (٣ / ٦٣٨، ٦٣٩)، «تبيين الحقائق» (٤ / ١٧٦)، «معين الحكام» (١٥٢)، «بدائع الصنائع» (٩ / ٤٠٨٩).

(٢) «الأم» (٧ / ١٠٣)، «مختصر المزني» (٢٩٩)، «الإقناع» (١٩٦)، «أدب القاضي» لابن القاص (١ / ١٤٧)، «حلية العلماء» (٨ / ١٤٢)، «قواعد الأحكام» (٢ / ٣٠)، «مغني المحتاج» (٤ / ٣٩٨)، «المهذب» (٢ / ٣٠٤)، «المجموع» (٢٠ / ١٦)، «فتح الوهاب» (٢ / ١٥٨)، «روضة الطالبين» (١١ / ١٥٦)، «نهاية المحتاج» (٨ / ٢٥٩)، «مختصر الخلافيات» (٥ / ١٣٣ رقم ٣٥٤).

(٣) في الأصل: «بعد أن خطب الناس، ذكر القصة».

(٤) أخرجه عبدالرزاق في «المصنف» (٩ / ٤٦٢ رقم ١٨٠٣٢)، وأحمد في «مسنده» (٦ / ٢٣٢)، وأبو داود (٤٥٣٤)، والنسائي (٨ / ٣٥)، وابن ماجه (٢٦٣٨)، والبيهقي (٨ / ٤٩) في «سننهم»، وابن حبان في «صحيحه» (رقم ٤٤٨٧ ـ «الإحسان»)، والطحاوي في «مشكل الآثار» (رقم ٤٥٣٨) عن عائشة.

وإسناده صحيح.

ولأنه ﷺ امتنع من قتل المنافقين مع علمه بكفرهم، وقال: «لئلا يتحدّث النَّاس أنَّ محمداً يقتل أصحابه»[١]؛ وإنما لم يقتلهم لأن الناس لم يعلموا كفرهم كما علمه، ولأن الحاكم لما لم يكن معصوماً وقد يلحقه الظنّة والتهمة، ويمكن وقوع ذٰلك منهم، فحسم الباب في منع حكمه بعلمه لئلا يدعى عليه أنه حكم على عدوه.

ونفرض الكلام في الحدود؛ ودليلنا قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجۡلِدُوهُمۡ ثَمَٰنِينَ جَلۡدَةٗ﴾ [النور: ٤]؛ فأمر بجلد القاذف متى لم يقم البينة.

وقوله ﷺ في حديث هلال بن أمية لما لاعن امرأته: إن جاءت به على نعت كذا فهو لهلال، وإن جاءت به على نعت كذا فهو لشريك؛ فجاءت به على النعت المكروه، فقال ﷺ: «لو كنت راجماً أحداً بغير بينة لرجمتها»[٢]، موضع الدليل أنه ﷺ علم أنها زنت لإخباره أنها إن جاءت به على نعت كذا فهو من غير زوجها، ثم لم يحكم عليها بالحد لعدم البينة. وعند المخالف يجب أن يرجمها إذا علم بذٰلك.

وقال أبو بكر الصديق رضي الله عنه: «لو رأيت رجلاً على حد من حدود الله عز وجل؛ ما أقمته عليه حتى يشهد على ذٰلك أربعة»[٣]، ولا مخالف له نعلمه، وإن سلموا ذٰلك قسنا عليه سائر الحقوق فقلنا: إنه لا يحكم بعلمه، فلم يجز؛ أصله الحدود، واعتباراً بما علمه قبل الولاية، وفي غير مجلس الحكم[٤].

---

(١) أخرجه البخاري في «صحيحه» (كتاب المناقب، باب ما ينهى من دعوى الجاهلية، رقم ٣٥١٨)، ومسلم في «صحيحه» (كتاب البر والصلة، باب نصر الأخ ظالماً أو مظلوماً، رقم ٢٥٨٤) عن جابر بن عبدالله.

(٢) مضى تخريجه.

(٣) أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» (١٠ / ١٤٤)، بإسناد منقطع.
وانظر: «الخراج» (ص ٣٦٠) لأبي يوسف، «المحلى» (٩ / ٤٢٦، ٤٢٨)، «التلخيص الحبير» (٤ / ١٩٧) وعزاه لأحمد وقال: «سنده صحيح إلا أن فيه انقطاعاً».
وعلق البخاري في «صحيحه»: أن عمر قال لعبدالرحمٰن بن عوف: «أرأيت لو رأيتُ رجلاً قتل أو شرب أو زنى؟ قال: شهادتك شهادة رجل، فقال له عمر: صدقت». ووصله عبدالرزاق (٨ / ٣٤٠ رقم ١٥٤٥٦)، والبيهقي (١٠ / ١٤٤) وغيرهما.

(٤) الراجح أن قضاء القاضي بعلمه ـ وإن كان مستساغاً في بعض الأزمنة ـ فإن القول بتجويزه في =

مسألة ١٨٠٥

إذا حكم الحاكم بما هو في الباطن على خلاف ما حكم به لم ينفذ حكمه في الباطن، ولم يتغير الشيء المحكوم فيه عما هو عليه بحكمه؛ كان ذٰلك في مال أو نكاح أو طلاق، مما يملك الحاكم ابتداءه، ومما لا يملكه[(١)].

وقال أبو حنيفة: إن كان المحكوم فيه مالاً؛ لم يتغير الحكم في الباطن، وإنما ينفذ في الظاهر، وإن كان عقداً أو فسخاً؛ فإن الحكم ينفذ فيه ظاهراً وباطناً[(٢)].

فدليلنا قوله تعالى: ﴿۞ وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ ۖ﴾

= العصور المتأخرة أمر يصعب تصوره، لأن الإيمان قد ضعف، ولأن الكثيرين يضعون مصالحهم الشخصية في المقام الأول دون إقامة وزن كبير لمواقف الشرع وتعليماته ـ وإن كنا لا نسيء الظن بمن ولوا منصب القضاء، فإن الاحتياط لدماء الناس وأعراضهم وأموالهم أمر في غاية الأهمية، لا يقبل التفريط أو التساهل بشأنه، والقضاة بشر يجوز عليهم ما يجوز على غيرهم ـ. ورحم الله الشافعي إذ يقول: «لولا قضاة السوء لقلت: إن للقاضي أن يحكم بعلمه»، وإذا كانت نسبة كبيرة من المحكوم عليهم لا تسلم بسهولة بتلك الأحكام الصادرة عليهم، ويحاولون الطعن فيها بمختلف أوجه الطعن الممكنة، مع أن القضاة قد بنوا تلك الأحكام على أسباب ظاهرة؛ فكيف يكون الوضع إذا أعطي القضاة الحق بالاعتماد على معلوماتهم الشخصية في الوقائع المنظورة أمامهم.
لهٰذه الاعتبارات يترجح عندي القول بعدم تجويز القضاء بالعلم.
وانظر: «مصنف عبدالرزاق» (٨ / ٣٤٠ ـ ٣٤٢)، «المحلى» (٩ / ٤٢٩)، «الطرق الحكمية» (ص ١٩٦ وما بعد)، «طرح التثريب» (٨ / ٨٥ ـ ٨٦)، «نيل الأوطار» (٨ / ١٩٨)، «النظرية العامة لإثبات موجبات الحدود» (٢ / ١٩٥ ـ ١٩٦).

(١) «التفريع» (٢ / ٢٤١ ـ ٢٤٢)، «الرسالة» (٢٤٧)، «الكافي» (٤٧٥)، «المعونة» (٣ / ١٥١٤)، «أسهل المدارك» (٣ / ٢٠٤ ـ ٢٠٥)، «بداية المجتهد» (٢ / ٤٦١)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣ / ١١٨)، «الذخيرة» (١٠ / ٩٤ ـ ٩٥).

(٢) «مختصر الطحاوي» (٣٥٠)، «المبسوط» (١٦ / ١٨٠)، «مختصر اختلاف العلماء» (٣ / ٣٧٦ رقم ١٥١٨)، «شرح أدب القاضي» للخصاف (٣ / ١٧٢)، «رد المحتار» (٥ / ٤٠٩ ـ ٤١٠)، «فتح القدير» (٧ / ٣٠٦)، «تبيين الحقائق» (٤ / ١٨٩، ١٩٠ ـ ١٩١)، «رؤوس المسائل» (٥٢٨).
قال ابن أبي الدم الشافعي في «أدب القضاء» (١٦٩): «وذهب الأستاذ أبو إسحاق الإسفرائيني من أصحابنا إلى أنه لا ينفذ في الباطن».

[النساء: ٢٤]؛ فحرم المحصنة وهي ذات الزوج، وعند المخالف أنها تحل متى حكم الحاكم بشهادة زور أنها قد طلقت، أو بأن يقيم شهادة زور بتزويجه إياها، وقوله: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَآ أَن يَتَرَاجَعَآ﴾ [البقرة: ٢٣٠]، وعندهم أنها تحل له أن يراجع نكاحها وإن لم يطلقها؛ إذا حكم الحاكم بشاهدي زور أنه طلقها، وقوله ﷺ: «إنما أنا بشر مثلكم، وإنكم تختصمون إلي، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع؛ فمن قضيت له بشيء من مال أخيه، فلا يأخذه، فإنما أقطع له قطعة من النار»[1].

وهذا صريح في أن حكمه بما ليس بجائز للمحكوم له لا يحله له.

ولأنه حكم بسبب غير صحيح في الباطن، فلم ينفذ الحكم به في الباطن؛ كادعاء زوجية ذات المحارم.

ولأنه حكم بشهادة زور، فلم ينفذ في الباطن كالمال.

ولأن كل شاهدين لو علم الحاكم بحالهما لم يجز له الحكم بشهادتهما، فإذا حكم بهما مع الجهل بحالهما؛ لم ينفذ حكمه في الباطن كالكافرين والعبدين[2].

---

(١) أخرج البخاري في «صحيحه» (كتاب المظالم، باب إثم من خاصم في باطل، رقم ٢٤٥٨)، ومسلم في «صحيحه» (كتاب الأقضية، باب الحكم بالظاهر، رقم ١٧١٣)؛ عن أم سلمة رضي الله عنها بنحوه، والمذكور لفظ أبي داود في «السنن» (٣٥٨٣).

(٢) ما قرره المصنف هو الراجح، وهو مذهب الجماهير.
وهذا مذهب الشافعية.
انظر: «شرح السنة» (١٠ / ١١٢)، «مغني المحتاج» (٤ / ٣٩٧)، «روضة الطالبين» (١١ / ١٥٢)، «أدب القاضي» (٢ / ٣٦٥) لابن القاص، «أدب القضاء» (١٦٩) لابن أبي الدم.
وبه قال الحنابلة.
انظر: «الإنصاف» (١١ / ٣١٢)، «منتهى الإرادات» (٣ / ٥٣٤ ـ ٥٣٥)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ٥٣٣ ـ ٥٣٤)، «كشاف القناع» (٦ / ٣٥٨).

مسألة ١٨٠٦

الإشهاد في عقد البيع مستحب، وليس بواجب(١).

خلافاً لداود(٢)؛ لأنه عقد من العقود فأشبه سائرها.

ولأنه وثيقة كالرهن والكفالة(٣).

---

(١) «مواهب الجليل» (٦ / ١٨٣ ـ ١٨٤)، «أحكام القرآن» (٤ / ١٤٨٠) لابن العربي، «المحرر الوجيز» (١ / ٣٨٤ ط دار الكتب العلمية) لابن عطية ـ وفيه: «والوجوب في ذٰلك قلق، أما في الدقائق فصعب شاق، وأما ما كثر؛ فربما يقصد التاجر الاستيلاف بترك الإشهاد، وقد يكون عادة في بعض البلاد، وقد يستحيي من العالم والرجل الكبير الموقر؛ فلا يشهد عليه، فيدخل ذٰلك كله في الائتمان، ويبقى الأمر بالإشهاد ندباً لما فيه من المصلحة في الأغلب ما لم يقع عذر يمنع منه» ـ.

(٢) «حلية العلماء» (٨ / ٢٤٥)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ٥٤٥).

وهٰذه رواية عن نصير بن يحيى من الحنفية. انظر»: «البحر الرائق» (٧ / ٥٩)، «أحكام القرآن» (١ / ٤٨١ ـ ٤٨٧) للجصاص.

واعتمدها السروجي في «أدب القضاء» (٣٥٣ ـ ٣٥٤)، فقال: «الشهادة في المداينة والبيوع فرض على العباد، لأنه يخاف منه التلف، اللهم إلا أن يكون حقيراً، مثل الدرهم ونحوه».

ونقل القرطبي الوجوب عن أبي موسى الأشعري وابن عمر والضحاك وسعيد بن المسيب وجابر بن زيد ومجاهد وداود بن علي وابنه أبو بكر؛ قال: «ومن أشدهم في ذٰلك عطاء»، قال: «وممن كان يذهب إلى هٰذا ويرجحه الطبري»، ولم يحكه ابن العربي في «أحكامه» إلا عن الضحاك، وحكاه ابن عطية عنه وعن ابن عمر وعطاء والطبري.

(٣) الراجح ما قرره المصنف، ودل عليه الحديث الصحيح.

أخرج البخاري في «التاريخ الكبير» (١ / ٨٧)، وأبو داود (٣٦٠٧)، والنسائي (٧ / ٣٠١ ـ ٣٠٢) في «سننهما»، وأحمد في «مسنده» (٥ / ٢١٥ ـ ٢١٦)، وابن أبي عاصم في «الآحاد والمثاني» (٤ / ١١٥ ـ ١١٦ رقم ٢٠٨٤، ٢٠٨٥)، والطبراني في «الكبير» (٣٧٣٠)، والحاكم في «المستدرك» (٢ / ١٧ ـ ١٨) بسند صحيح عن عمارة بن خزيمة: أن عمه حدثه وهو من أصحاب رسول الله ﷺ: أن النبي ﷺ ابتاع فرساً من أعرابي، فاستتبعه النبي ﷺ ليقضيه ثمن فرسه، فأسرع النبي ﷺ المشي وأبطأ الأعرابي، فطفق رجال يعترضون الأعرابي يساومونه الفرس؛ لا يشعرون أن النبي ﷺ ابتاعه، حتى زاد بعضهم الأعرابي في السوم في ثمن الفرس الذي ابتاعه به رسول الله ﷺ، فنادى الأعرابي النبي ﷺ فقال: إن كنت مبتاعاً هٰذا الفرس فابتعه وإلا بعته، فقام النبي ﷺ حين سمع نداء الأعرابي =

مسألة ١٨٠٧

تقبل شهادة الصبيان في الجراح في الجملة على شروط وأوصاف[1].

= فقال: «أوليس قد ابتعته منك؟» قال: لا والله ما بعتك. فقال النبي ﷺ: «بلى قد ابتعته منك!» فطفق الناس يلوذون برسول الله ﷺ والأعرابي وهما يتراجعان، فطفق الأعرابي يقول: هلم شاهداً أو شهيداً يشهد أني قد بايعتك! فمن جاء من المسلمين قيل للأعرابي: ويلك! إن رسول الله ﷺ لم يكن ليقول إلا حقاً، حتى جاء خزيمة فاستمع لمراجعة النبي ﷺ ومراجعة الأعرابي، وطفق الأعرابي يقول: هلم شهيداً يشهد أني بايعتك! فقال خزيمة: أنا أشهد أنك قد بايعته، فأقبل النبي ﷺ على خزيمة فقال: «بم تشهد؟» فقال: بتصديقك يا رسول الله، فجعل رسول الله ﷺ شهادة خزيمة بمثابة شهادة رجلين» لفظ أحمد.

وانظر: «تنقيح التحقيق» (٣ / ٥٤٥)، «تفسير القرطبي» (٤ / ٤٠٣ ـ ٤٠٥)، تعليقي على «الموافقات» (٢ / ٤٦٩).

وهٰذا مذهب الجماهير، وهو مذهب الحنفية.

انظر: «اللباب» (٤ / ٥٨ ـ ٥٩)، «تبيين الحقائق» (٤ / ٢١٣)، «البحر الرائق» (٧ / ٥٩)، «أحكام القرآن» للجصاص (١ / ٤٨١ ـ ٤٨٧)، «شرح أدب القاضي» للخصاف (٣ / ٣٤٠ ـ ٣٤١)، «حاشية ابن عابدين» (٥ / ٤٦٧ ـ ٤٩٥).

وهو مذهب الشافعية.

انظر: «روضة الطالبين» (١١ / ٢٨٩)، «الحاوي الكبير» (١٦ / ٤ ـ ط دار الكتب العلمية)، «مغني المحتاج» (٤ / ٤٤١).

وبه قال الحنابلة.

انظر: «الإنصاف» (١٢ / ١٧)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ٥٤٥).

(١) «الموطأ» (٢ / ٧٢٦)، «الاستذكار» (٢٢ / ٧٧ ـ ٧٩)، «المدونة» (٤ / ٨٠)، «التفريع» (٢ / ٢٣٧)، «الرسالة» (٢٤٦)، «قوانين الأحكام» (٢٦٤)، «المعونة» (٣ / ١٥٢١)، «جامع الأمهات» (ص ٤٦٩)، «تفسير القرطبي» (٣ / ٣٩١ ـ ٣٩٢، ٣٩٥)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣ / ١٣٧)، «الذخيرة» (١٠ / ٢٠٩)، «تبصرة الحكام» (١ / ٢١٦ و٢ / ٧).

وهٰذه رواية عن أحمد، انظر: «الإنصاف» (١٢ / ٣٧).

وهٰذا قول سعيد بن المسيب، وعروة بن الزبير، وأبي جعفر محمد بن علي بن حسين وعامر الشعبي ـ على اختلاف عنه ـ، وابن أبي ليلى ـ على اختلاف عنه ـ، وابن شهاب الزهري، وإبراهيم النخعي ـ على اختلاف عنه ـ إلا أنّ الروايات عنهم لم تذكر جراحاً ولا غيرها، إلا أجازتها فيما بينهم مطلقة، أفاده ابن عبدالبر.

وقال أبو حنيفة[١] والشافعي[٢]: لا تقبل على وجه.

فدليلنا أن ذٰلك إجماع الصحابة لأنه مروي عن علي وابن الزبير ومعاوية، ولا مخالف لهم[٣].

وروي أن علياً رضي الله عنه كان يأخذ بأول شهادة الصبيان[٤]، وروي عن

---

(١) «مختصر الطحاوي» (٣٣٥)، «الاختيار» (٢ / ١٤٦)، «فتح القدير» (٧ / ٣١١)، «المبسوط» (١٦ / ١٣٧)، «أدب القضاء» (٣٤٦) للسُّروجي، «جُمل الأحكام» (٢٠٥) للناطفي، «تبيين الحقائق» (٤ / ١١٨)، «البحر الرائق» (٧ / ٨٥).

(٢) «الأم» (٧ / ٨٨)، «مختصر المزني» (٣٠٥)، «حلية العلماء» (٨ / ٢٤٧)، «مغني المحتاج» (٤ / ٤٢٧).
وهٰذا مذهب أحمد في المشهور عنه، وبه قال الأوزاعي والقاسم وسالم ومكحول وعطاء والحسن وشريح القاضي ـ على اختلاف عنه ـ والثوري وابن شبرمة وأبو عبيد وأبو ثور، وأهل الظاهر.
انظر: «المحلى» (٩ / ٤٢٠)، «الاستذكار» (٢٢ / ٧٩، ٨١).

(٣) سيأتي تخريجه عن المذكورين، وقوله: «ولا مخالف لهم» غير دقيق، إذ أسند الشافعي في «الأم» (٧ / ٨٩)، وابن أبي شيبة في «المصنف» (٥ / ١٢١)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٠ / ٦١)، وفي «المعرفة» (١٩٩٢٦)، عن ابن عباس قال: لا تجوز شهادة الصبي، وكذا أخرجه عبدالرزاق عنه، وسيأتي لفظه عند تخريج أثر ابن الزبير.
ولذا قال ابن عبدالبر في «الاستذكار» (٢٢ / ٧٨): «وأما ابن عباس، فلم يُختلَف عنه أنه لم يجزْها ـ أي شهادة الصبيان ـ، وكان لا يراها شيئاً».

(٤) أخرج عبدالرزاق (١٥٥٠٤)، وابن أبي شيبة (٥ / ١٢١) في «مصنفيهما»، وابن حزم (٩ / ٤٢٠ ـ معلقاً) من طريقين عن الحسن البصري عن علي: أنه كان يجيز شهادة الصبيان بعضهم على بعض.
لفظ ابن أبي شيبة.
وزاد عبدالرزاق: «ولا يجيز شهادتهم على غيرهم من الرجال، قال: وكان علي لا يقضي بشهادتهم إلا إذا قالوا على تلك الحال؛ قبل أن يعلمهم أهلهم».
وإسناده منقطع، الحسن لم يسمع علياً.
وأخرج عبدالرزاق (١٥٥٠٣) عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي؛ أنه قال: «يؤخذ بأول شهادة الصبيان، يعني فيما بينهم».
وإسناده منقطع أيضاً، محمد بن علي بن الحسين ـ والد جعفر ـ لم يسمع علياً أيضاً، ولذا قال ابن عبدالبر في «الاستذكار» (٢٢ / ٧٩): «والطرق عنه ـ أي عن علي ـ بذٰلك ضعيفة».
وانظر: «كنز العمال» (١٧٧٩١)، «موسوعة فقه علي» (٣٤٩).

ابن الزبير مثله[١]، وعن معاوية[٢]، وأنه كان يجيزها بعضهم على بعض؛ ما لم يدخلوا البيوت فيعلَّموا.

ولأن الضرورة تدعو إلى قبولها لأنا لو لم نقبلها لأدى إلى أمور ممنوعة؛ إما أن نمنعهم ما ندبنا إلى تعليمهم إياه، وتدريبهم عليه؛ من الحرب والصراع، وما جرى مجرى ذٰلك، لأنهم لا بد أن يخلو بأنفسهم لما يتعاطونه من ذٰلك، وقد يكون بينهم الجراح، وذٰلك غير صحيح لأن أحداً لا يمنعه أو أن يجيزه؛ فتنهدر دماؤهم، فذٰلك أيضاً غير صحيح، وأن يحضر معهم رجال يحفظونهم، وفي ذٰلك ضيق ومشقة.

وإن يؤاخذوا بأن يفعلوا من ذٰلك؛ لا يؤدي إلى جراح ولا قتل، فذٰلك لا ينضبط للبالغين فضلاً عن الصبيان؛ فلما بطل كل هٰذا وجب قبول شهادتهم، ولا يلزم على هٰذا تخريق الثياب و لا غيره؛ لأن الأموال أخفض رتبة من الدماء، كما لم يحكم فيها بالقسامة مع اللوث، ولأنه إذا تفرقوا خببوا، لأنّا علّلنا للجملة دون التفصيل[٣].

---

(١) أخرج مالك في «الموطأ» (٢ / ٧٢٦)، وعبدالرزاق (١٥٤٩٤، ١٥٤٩٥)، وابن أبي شيبة (٥ / ١٢٠) في «مصنفيهما»، والبيهقي في «سننه» (١٠ / ١٦٢)؛ أن عبدالله بن الزبير كان يقضي بشهادة الصبيان فيما بينهم من الجراح. لفظ مالك عن هشام بن عروة به.

ولفظ عبدالرزاق الثاني: عن ابن أبي مليكة: أنه كان قاضياً لابن الزبير، فأرسل إلى ابن عباس يسأله عن شهادة الصبيان؛ فلم يجزهم، ولم ير شهادتهم شيئاً، فسأل ابن الزبير فقال: «إذا جيء بهم عند المصيبة؛ جازت شهادتهم». وإسناده صحيح.

قال ابن عبدالبر في «الاستذكار» (٢٢ / ٧٨): «اختلف على ابن الزبير في إجازة شهادة الصبيان، والأصح عنه أنه كان يجيزها إذا جيء بهم من حال حلول المصيبة، ونزول النازلة».

(٢) أخرج عبدالرزاق في «المصنف» (١٥٥٠١) عن ابن جريج قال: أخبرت أن شريكاً أجاز شهادة الصبيان، وأن معاوية قال: إذا أخذوا عند ذٰلك. وإسناده منقطع، وعلقه عن معاوية ابن حزم في «المحلى» (٩ / ٤٢٠).

(٣) كذا في (ط) وفي الأصل، وفي المطبوع: «وخيبوا»!! وهي غير مفهومة.

وفي «المعونة» (٣ / ١٥٢٥): «وإنهم إذا تفرقوا غيبوا ولقنوا وتعلموا الكذب»، وفي «الموطأ» (٢ =

مسألة ١٨٠٨

يحكم بالشاهد واليمين في الأموال أو حقوقها[1]، خلافاً لأبي حنيفة في منعه

= / ٧٢٦): «وإنما تجوز شهادتهم فيما بينهم من الجراح وحدها، ولا تجوز في غير ذٰلك، إذا كان قبل أن يتفرّقوا، أو يخبَّبوا أو يعلَّموا، فإن افترقوا فلا شهادة لهم».

قلت: وما قرره هو الراجح، ونقل ابن عبدالبر عن أحمد بن المعذّل عن عبدالملك قال: «لم يزل من أمر الناس قديماً»، ودلت عليه الآثار، ومن المقرر أن الاستفاضة والقرائن حجة وبينة في الأحكام، وشهادة الصبيان قبل التفرق والتخبيب من القرائن الظاهرة؛ إذ الكذب والخديعة لا يجري على ألسنتهم من تلقاء أنفسهم، ولا سيما عند الإخبار عن الجراح التي شاهدوها، وهٰذا لا تأباه سياسة عادلة؛ فضلاً عن الشريعة الكاملة.

انظر: «مجموع فتاوى ابن تيمية» (١٥ / ٣٠٥ ـ ٣٠٨)، «الطرق الحكمية» (ص ١٧٠ وما بعدها)، «الجامع للاختيارات الفقهية لشيخ الإسلام ابن تيمية» (٣ / ١٢٨٩، ١٢٩٠، ١٣٠٠ ـ ١٣٠١)، «النظرية العامة لإثبات موجبات الحدود» (١ / ٢٦٢ ـ ٢٦٣).

(١) «الموطأ» (٢ / ٧٢٢)، «المنتقى» (٥ / ٢٠٨)، «شرح الزرقاني على الموطأ» (٣ / ٣٩٠)، «المدونة» (٤ / ٩٦)، «التفريع» (٢ / ٢٤٢)، «الرسالة» (٢٤٧)، «الكافي» (٤٧٨)، «المعونة» (٣ / ١٥٤٣، ١٥٤٧)، «أسهل المدارك» (٣ / ٢١٤)، «مواهب الجليل» (٦ / ٢١٩، ٢٢٠)، «بداية المجتهد» (٢ / ٤٦٥)، «جامع الأمهات» (ص ٤٧٧)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣ / ١٦٥)، «الذخيرة» (١٠ / ١٠٨)، «تبصرة الحكام» (١ / ٢٦٨)، «حاشية الدسوقي» (٤ / ١٨٧).

وهٰذا مذهب الشافعية.

انظر: «الأم» (٦ / ٢٥٦ و٧ / ٨٦)، «المهذب» (٢ / ٣٣٥)، «روضة الطالبين» (١١ / ٢٥٤، ٢٧٨)، «الحاوي الكبير» (١٦ / ٦٨ ـ ط دار الكتب العلمية)، «أدب القاضي» (١ / ٢٩٢) لابن القاص ـ وفيه: «وتوارثه حكام الحرمين خلف عن سلف» ـ، «أدب القضاء» (٤٢٨) لابن أبي الدم، «المنهاج» (١٥٤)، «مغني المحتاج» (٤ / ٤٤١، ٤٤٣)، «نهاية المحتاج» (٨ / ٣١٣)، «شرح المحلي على المنهاج» (٤ / ٣٢٥)، «فتح الوهاب» (٢ / ٢٢٣)، «حاشية البجيرمي على الخطيب» (٤ / ٢٧٩)، «المستصفى» (١ / ١١٩).

وهو مذهب الحنابلة.

انظر: «المغني» (١٤/ ١٢٩، ١٣٠)، «الإنصاف» (١٢/ ٨٢)، «منتهى الإرادات» (٣/ ٦٠٠ـ٦٠١)، «كشاف القناع» (٦ / ٤٣٤، ٤٣٥)، «الطرق الحكمية» (١٣٢ وما بعدها)، «الإفصاح» (ص ٤٣٦).

وهٰذا اختيار ابن حزم في «المحلى» (٩ / ٤٠٤)، وأبي ثور؛ أفاده ابن القاص وغيره، وانظر: «فقه الإمام أبي ثور» (٧٦٥).

ذلك جملة[١].

لما روي: أن النبي ﷺ: «قضى باليمين مع الشاهد»[٢].

ولأن كل حجة يسقط بها المدعى عليه عن نفسه المطالبة؛ جاز أن تكون حجة[٣] المدعي؛ أصله البينة.

ولأن موضوع الأصول أن اليمين تكون في جهة أقوى المتداعيين سبباً، والمدعي قد قوّى سببه بالشاهد؛ فكانت اليمين في جهته.

ولأنه أحد المتداعيين فجاز أن يثبت اليمين في جهته كالمدّعى عليه[٤].

---

(١) «شرح معاني الآثار» (٢ / ٢٨١)، «مختصر الطحاوي» (٣٣٣)، «مختصر اختلاف العلماء» (٣ / ٣٤٢ رقم ١٤٧٢)، «رد المحتار» (٥ / ٤٦٨ ـ ٤٦٩)، «اللباب» (٤ / ٥٦)، «روضة القضاة» (١ / ٢١٤)، «فتح القدير» (٧ / ٣٧٠)، «تبيين الحقائق» (٤ / ٢٠٩)، «البحر الرائق» (٧ / ٢٢٣)، «شرح العيني على الكنز» (٢ / ١٠٤)، «درر الحكام» (٢ / ٣٣٣)، «المبسوط» (١٧ / ٣٠)، «بدائع الصنائع» (٦ / ٢٢٥)، «رؤوس المسائل» (ص ٥٣٥).
وهٰذا مذهب الزهري وابن شبرمة، والأوزاعي، وبعض المالكية.
انظر: «بغية الألمعي» (٤ / ١٠١ ـ مع «نصب الراية»)، «أدب القاضي» لابن القاص (١ / ٣٠٠)، «فقه الإمام الأوزاعي» (٢ / ٣٥٣).

(٢) أخرج مسلم في «صحيحه» (كتاب الأقضية، باب القضاء باليمين والشاهد، رقم ١٧١٢) عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ قضى بيمين وشاهد.
والمذكور لفظ مالك (٢ / ٧٢١)، والترمذي (١٣٤٣، ١٣٤٤، ١٣٤٥)، وأبي داود (٣٦١٠) وغيرهم.

(٣) في (ط): «يكون جنبة»، وفيه «جنبة» بدل «جهة» في المواطن الثلاثة في المسألة.

(٤) وردت أحاديث عديدة تدلل على صحة الحكم بالشاهد واليمين، والمذكور عند المصنف أقواها، وروي هٰذا الحكم عن نيف وعشرين صحابياً، منهم: أبو بكر وعمر وعثمان وعلي والمغيرة وسعد بن عبادة وزيد بن ثابت وعبدالله بن عمرو بن العاص وأبو سعيد الخدري وبلال بن الحارث وأُبيّ وأم سلمة وأنس وأبو هريرة وجابر وسُرَّق وعمارة بن حزم. . . وغيرهم من الصحابة والتابعين.
انظر: «سنن الدارقطني» (رقم ٤٣٩٤ ـ ٤٣٩٨، ٤٤٠٢ ـ ٤٤٠٦) وتعليقي عليه، «شرح السنة» للبغوي (١٠ / ١٠٣)، «سنن البيهقي» (١٠ / ١٧١)، «نيل الأوطار» (٨ / ٢٣٧)، «تنقيح التحقيق»=

مسألة ١٨٠٩

تقبل شهادة امرأتين مع اليمين(١) خلافاً للشافعي(٢).

لأنهما قد أقيما في الشرع مقام شهادة رجل في الأموال؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

فإذا جاز أن يحكم بشهادة الرجل مع اليمين؛ جاز أن يحكم بشهادة المرأتين مع اليمين، ولأنهماأجريتا في مجرى شهادة المال كالشاهد الواحد.

ولأنه سبب مؤثر في الحكم، قويت به حجة المدّعي؛ فجاز أن يحلف معه؛ أصله الشاهد الواحد(٣).

= (٣ / ٥٥٢)، «التلخيص الحبير» (٤ / ٢٠٦)، «تهذيب سنن أبي داود» (٤ / ١٩٢)، «الفتح الرباني» (١٥ / ٢١٦) للساعاتي، «النظرية العامة لإثبات موجبات الحدود» (١ / ١٣٨ وما بعدها)، «وسائل الإثبات» (١ / ١٨٦).

(١) «المدونة» (٤ / ٩٠)، «شرح الزرقاني على الموطأ» (٣ / ٣٩٣)، «المنتقى» (٥ / ٢١٤)، «تبصرة الحكام» (١ / ٢٧١)، «المعونة» (٣ / ١٥٤٨)، «جامع الأمهات» (ص ٤٧٧)، المصادر السابقة.
وبهٰذا قال ابن حزم في «المحلى» (٩ / ٤٠٥).

(٢) «الأم» (٦ / ٢٧٩)، «مختصر المزني» (٣٠٧)، «الإقناع» (٢٠١)، «المهذب» (٢ / ٣١٢)، «أدب القاضي» (١ / ٣٠٢) لابن القاص، «مغني المحتاج» (٤ / ٤٤٣)، «فتح الوهاب» (٢ / ٢٢٣)، «حاشية البجيرمي على الخطيب» (٤ / ٣٨١)، «حلية العلماء» (٨ / ٢٧٢).
وهٰذا مذهب الحنابلة.
انظر: «شرح الزركشي على متن الخرقي» (٧ / ٣١٣ ـ ٣١٤).

(٣) الراجح ما ذهب إليه الشافعي ـ وهو مذهب الحنابلة أيضاً ـ، لأن شهادة المرأتين ضعيفة، وإنما تقوى بانضمام رجل إليها، واليمين ضعيفة فلا يضم ضعيف إلى ضعيف، ولأن الشاهد واليمين لا يحكم بهما إلا في الأموال، على ما اختاره أكثر من رأى جواز الحكم بهما، وشهادة النساء في الأموال غير مقبولة، ما لم يكن معهن رجل، ولأنه لم يرد نص في الكتاب أو السنة يدل على مشروعية القضاء بامرأتين ويمين، فيقتصر على ما ورد فيه النص، وتجويز الحكم بامرأتين ويمين، قياساً على الشاهد واليمين؛ لا يصح، إذ المرأتان بدل عن الرجل، والأبدال لا تثبت إلا بالسماع.
انظر: «النظرية العامة» (١ / ١٥٣).

مسألة ١٨١٠

يحكم بالشاهد ونكول المدّعى عليه[(١)]، خلافاً للشافعي[(٢)].

لأن النكول سبب مؤثر في الحكم؛ فوجب إذا انضاف إلى الشاهد الواحد أن يحكم به؛ أصله يمين المدعي، ويبين تأثيره في الحكم: أنه إذا نكل المدعى عليه، انقلبت اليمين إلى جهة[(٣)] المدعي فحلف، ولأن نكوله كشهادة المدعي.

ولأن الشاهد أقوى من يمين المدعي، بدليل أنه إنما يحتاج إلى اليمين عند عدم الشاهد، وأن اليمين مختلف في دخولها في بينة المدعي، والشاهد مجمع على دخوله في البينة، وأنه مجمع عليه في كل الحقوق، وأن اليمين مضافة إليه، وهو غير مضاف إليها.

فإذا ثبت تأكده على اليمين، ثم كان النكول إذا اجتمع مع أضعف الشيئين؛ يحكم به إذا انضاف إلى الأقوى والأوكد[(٤)] أولى.

مسألة ١٨١١

لا يحكم بمجرد النكول إلا بأن تُرَدَّ اليمين على المدّعي فيما يُردّ، فإذا حلف حكم له على المُدَّعى عليه[(٥)].

---

(١) «المعونة» (٣ / ١٥٤٨)، «أسهل المدارك» (٣ / ٢٤)، «قوانين الأحكام» (١٨٧)، «جامع الأمهات» (ص ٤٧٧)، «الذخيرة» (١١ / ٥٨)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣ / ٢١٤)، «فصول الأحكام» (١٤٨)، «حاشية الدسوقي» (٤ / ١٤٧).

(٢) مذهبهم: اليمين ترد على المدعي بنكول المدّعى عليه، ولا يحكم بمجرد النكول.
انظر: «الأم» (٧ / ٣٨ ـ ٣٩)، «المهذب» (٢ / ٣١٢، ٣٣٥)، «روضة الطالبين» (١١ / ٢٠)، «نهاية المحتاج» (٨ / ٣٤٧)، «زاد المحتاج» (٤ / ٥٣٢)، «الغاية القصوى» (٢ / ١٠٣٦)، «أدب القاضي» لابن القاص (١ / ٢٨١ ـ ٢٨٢)، «أدب القضاء» (٢٢٩ ـ ٢٣٠) لابن أبي الدم، «حلية العلماء» (٨ / ٢٨٣، ٢٨٤)، «مختصر الخلافيات» (٥ / ١٧٢ رقم ٣٦١).

(٣) في (ط): «جنبة».

(٤) في (ط): «والآكد».

(٥) «الموطأ» (٢ / ٧٢٢)، «التفريع» (٢ / ٢٤٣)، «الكافي» (٤٧٢)، «المعونة» (٣ / ١٥٤٩)، «جامع=

وقال أبو حنيفة: إذا نكل المدعى عليه عن اليمين، كررت عليه ثلاثاً، فإن حلف؛ وإلا حكم عليه بنفس نكوله، ولا ترد اليمين على المدعي؛ هٰذا إذا كانت الدعوى في المال، فإن كانت في قتل العمد وجراحه؛ فقال أبو حنيفة: يحبس حتى يحلف أو يعترف، وقال أبو يوسف يحكم عليه بالدية[(١)].

فدليلنا على أنه لا يحكم عليه بمجرد النكول؛ أنه يكون عن يمين توجهت على مدعى عليه كالدعوى في دم العمد، ولأنه نكول لا يحكم به في دم العمد، فكذٰلك في غيره كالأول والثاني، ولأن إمساك المدعى عليه عن الاعتراف يتضمن النكول، ثم لا يحكم عليه به، فإمساكه عن اليمين وحدها أولى.

ودليلنا على وجوب رد اليمين مع النكول قوله ﷺ في القسامة: «تحلفون وتستحقون دم صاحبكم»، قالوا: لم نحضر، قال: «فتبرئكم يهود بخمسين يميناً»[(٢)]، ولأن ذٰلك مروي عن عمر[(٣)]

= الأمهات» (ص ٤٨٥)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣/ ٢١٤)، «الذخيرة» (١١ / ٥٨).
وهٰذا مذهب الشافعية.
انظر: «الأم» (٧ / ٣٨ ـ ٣٩)، «المهذب» (٢ / ٣١٩)، «أدب القضاء» (٢٣٢) لابن أبي الدم، «أدب القاضي» (١ / ٢٧٥) لابن القاص، «قواعد الأحكام» (٢ / ٥٧)، «مغني المحتاج» (٤ / ٤٧٩)، «نهاية المحتاج» (٨ / ٣٤٧).

(١) «مختصر الطحاوي» (٣٦٧)، «المبسوط» (١٧ / ٣٤)، «مختصر القدوري» (١١١)، «رؤوس المسائل» (٥٣٧)، «اللباب» (٤ / ٣٠ ـ ٣١)، «مختصر اختلاف العلماء» (٣/ ٣٨٤ رقم ١٥٢٩)، «نتائج الأفكار» (٧/ ١٦٨)، «حاشية ابن عابدين» (٥ / ٥٤٩ ـ ٥٥٠).
وهٰذا مذهب أحمد في رواية.
انظر: «المحرر» (٢ / ٢٠٨)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ٥٤٢)، «حاشية ابن القاسم على الروض المربع» (٥ / ٧٤٥ ـ ٧٤٦)، وانظر «مجموع فتاوى ابن تيمية» (٣٥/ ٣٩٢).

(٢) مضى تخريجه، وهو متفق عليه.

(٣) أخرج الشافعي في «المسند» (٢ / ١١٤)، والبيهقي (١٠ / ١٨٣ ـ ١٨٤)، وفي «المعرفة» (١٤ / ٣١١ رقم ٢٠٠٨٠)، عن سليمان بن يسار: أن رجلاً من بني سعد بن ليث أجرى فرساً فوطىء على أصبع رجل من جهينة، فنزى منها فمات، فقال عمر للذين ادّعي عليهم: تحلفون خمسين يميناً ما مات منها! فأبوا وتحرجوا من الأيمان، فقال للآخرين: احلفوا أنتم، فأبوا.

وعثمان[١] وعلي[٢] وأُبيّ[٣] رضوان الله عليهم ولا مخالف لهم.

ولأن الأصول موضوعة على أنه لا يحكم بسبب واحد مع الإنكار كالشاهد الواحد، وإذا ثبت ذٰلك فليس إلا يمين المدعي، ولأن اليمين في الأصول تتوجه على أقوى المتداعيين سبباً، وفي هٰذا الموضع أقواهما سبباً المدعي؛ لأنه قوي سببه بنكول المدعى عليه؛ فوجب اليمين من جهته.

مسألة ١٨١٢

إذا أقام شاهداً ولم يحلف معه، وردّ اليمين على المدَّعى عليه، ثم رام أن

= ورجاله ثقات؛ إلا أنه منقطع. سليمان بن يسار عن عمر مرسلاً، انظر: «جامع التحصيل» (١٩١)، وللأثر طريق آخر، وهو منقطع، ويتقوى أحدهما بالآخر.

أخرجه البيهقي أيضاً (١٠ / ١٨٤)، وابن القاص في «أدب القاضي» (١ / ٢٨٢ ـ ٢٨٣)، عن الشعبي: «أن المقداد استقرض من عثمان بن عفان سبعة آلاف درهم، فلما تقاضاه قال: إنما هي أربعة آلاف، فخاصمه إلى عمر، فقال: إني قد أقرضت المقداد سبعة آلاف درهم، فقال المقداد: إنما هي أربعة آلاف، فقال المقداد: أحلفه أنها سبعة آلاف! فقال عمر: أنصفك، فأبى أن يحلف؛ فقال عمر: خذ ما أعطاك»، الشعبي لم يسمع عمر، وبينهما واسطة، ولذا قال البيهقي في «المعرفة» (١٤ / ٣١٢): «وفي كتاب المخرج لأبي داود بإسناد صحيح عن الشعبي وفيه إرسال».

وقال في «السنن» عقبه: «هٰذا إسناد صحيح إلا أنه منقطع، وهو مع ما روينا عن عمر في القسامة (أي الأثر السابق)، يؤكد أحدهما صاحبه فيما اجتمعا فيه من مذهب عمر رضي الله عنه في ردّ اليمين على المدَّعي، وفي هٰذا المرسل زيادة مذهب عثمان والمقداد رضي الله عنهما».

وانظر: «نصب الراية» (٤ / ١٠٣)، «مصنف عبدالرزاق» (١٠ / ٤١ رقم ١٨٢٨٧).

(١) انظر الذي قبله وتشهد له حادثة أخرى، أسندها ابن القاص في «أدب القاضي» (١ / ٢٨٠).

(٢) مضى في التعليق على مسألة (١٧٩٩) وإسناده ضعيف جداً؛ من أجل حسين بن عبدالله بن ضميرة، وأبوه وجده مجهولان.

(٣) ذكره عنه ابن القيم في «الطرق الحكمية» (ص ١١٨).

وانظر: أحاديث ضعيفة وواهية في الباب في: «سنن الدارقطني» (٤ / ٢١٣)، «المستدرك» (٤ / ١٠٠)، «أدب القاضي» (١ / ٢٧٨ ـ ٢٧٩) لابن القاص، «سنن البيهقي» (١٠ / ١٨٤)، «التلخيص الحبير» (٤ / ٢١٠)، «مختصر استدراك الذهبي» لابن الملقن (٥ / ٢٥٣٢ ـ ٢٥٣٣ رقم ٨٦٢)، «معرفة السنن والآثار» (١٤ / ٣١٢)، «مختصر خلافيات البيهقي» (٥ / ١٧٤)، وانظر: «مصنف عبدالرزاق» (١٠ / ٣٢ ـ ٣٣، ٣٦).

يحلف مع شاهده قبل أن يحلف المدعى عليه لم يكن له ذٰلك، ويحلف المدعى عليه ويبرأ[١].

ولأصحاب الشافعي وجهان[٢]:

أحدهما: أن له أن يحلف.

فدليلنا أن النكول قد حصل منه فلم يكن له أن يحلف بعده؛ أصله إذا شرع المدعى عليه في اليمين.

ولأنه إذا نقل اليمين إلى جهة[٣] المدعى عليه فقد تعلق بذٰلك حق له، فليس له أن ينقله عنه بغير رضاه؛ كما لو نكل المدعى عليه.

مسألة ١٨١٣

كل دعوى لا يقبل فيها شاهد وامرأتان، ولا شاهد ويمين؛ ولا يقبل فيها إلا شاهدان؛ فلا تجب اليمين فيها على المدَّعى عليه بمجرَّد الدَّعوى، وذٰلك مثل دعوى النكاح والطلاق والرجعة والقتل العمد... وما أشبه ذٰلك[٤].

وقال الشافعي: في كل هٰذا يلزم المدعى عليه اليمين؛ فإن نكل رد على المدعي، وحكم له إن حلف[٥].

فدليلنا ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه، عن جده: أن النبي ﷺ قال: «إذا

---

(١) «المدونة الكبرى» (٤ / ٩٠)، «جامع الأمهات» (ص ٤٧٧)، «الذخيرة» (١١ / ٦٤).

(٢) «مختصر المزني» (٣٠٩)، «الحاوي الكبير» (٢١ / ١٤٥)، «حلية العلماء» (٨ / ٢٨٤)، «أدب القاضي» (١ / ٢٨٤) لابن القاص، «حاشيتا القليوبي وعميرة» (٤ / ٣٤٢)، «نهاية المحتاج» (٨ / ٣٥٩).

(٣) في (ط): «جنبة».

(٤) «المدونة» (٤ / ٧٢)، «التفريع» (٢ / ٢٤٣)، «الرسالة» (٢٤٥)، «الكافي» (٤٧٩)، «المعونة» (٣ / ١٥٨٠)، «جامع الأمهات» (ص ٤٨٦)، «الذخيرة» (١١ / ٥١).

(٥) «الأم» (٧ / ٣٨)، «مختصر المزني» (٣٠٩)، «الإقناع» (١٩٨)، «حلية العلماء» (٨ / ٢٨٠)، «الحاوي الكبير» (٢١ / ١١٠).

ادّعت المرأة أن زوجها طلّقها؛ لم يحلَّف بدعواها إلا أن تأتي بشاهد، فإن كان معها شاهد؛ حلف»[1]، وهٰذا نص.

ولأن في ذٰلك ذريعة إلى الإضرار بالأزواج، وامتهان أنسابهن؛ فوجب حسم الباب فيه، بمنع ذٰلك.

مسألة ١٨١٤

(فصل): إذا ثبت ما قلناه؛ فلا ترد اليمين إلا فيما يقبل فيه شاهد وامرأتان، أو شاهد ويمين. فأما ما لا يقبل فيه إلا شاهدان؛ فلا ترد[2].

خلافاً للشافعي في قوله: أنها ترد في ذٰلك كله[3].

---

(١) أخرجه ابن ماجه في «سننه» (رقم ٢٠٣٨) عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ قال: «إذا ادّعت المرأة طلاق زوجها، فجاءت على ذلك بشاهد عدل، استُحْلِف زوجُها، فإن حلف بَطَلَت شهادةُ الشاهد، وإنْ نكل فنكولُه بمنزلةِ شاهد آخر، جاز طلاقُه».
قال البوصيري في «مصباح الزجاجة» (٢٨٧): «هٰذا إسناد صحيح، رجاله ثقات».
قلت: نعم، رجاله ثقات، ولكن له علتان:
الأولى: رواية عمرو بن أبي سلمة التّنيسي عن زهير بن معاوية، فيها كلام؛ قال أحمد: روى عمرو عن زهير أحاديث بواطيل، كأنه سمعها من صدقة بن عبدالله فغلط، فقلبها عن زهير.
انظر: «تهذيب التهذيب» (٨ / ٤٤)، «تهذيب الكمال» (٢٢ / ٥١).
والأخرى: ابن جريج مدلس، وقد عنعنه، وقال البخاري: لم يسمع من عمرو بن شعيب، وقال الدارقطني في «السنن» (٣ / ١٩٦): «عن عمرو بن شعيب مرسلاً»، ولذا قال أبو حاتم عن هٰذا الحديث: «هٰذا حديث منكر».
انظر: «العلل» (١ / ٤٣٢) لابنه.

(٢) «المدونة» (٢ / ٧٢)، «التفريع» (٢ / ٢٤٣)، «الرسالة» (٢٤٥)، «الكافي» (٤٧٩)، «المعونة» (٣ / ١٥٨٠)، «جامع الأمهات» (ص ٤٨٦)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣ / ٢١٥)، «الذخيرة» (١١ / ٥٩).

(٣) «الأم» (٧ / ٣٨)، «مختصر المزني» (٣٠٩)، «الإقناع» (١٩٨)، «روضة الطالبين» (١٢ / ٤٨)، «الحاوي الكبير» (٢١ / ١١١)، «أدب القاضي» لابن القاص (١ / ٢٧٦)، «مغني المحتاج» (٤ / ٤٧٩)، «حلية العلماء» (٨ / ٢٨٠).

لأنا وجدنا الشاهد وامرأتين أقوى من النكول واليمين؛ لأن النكول حُجَّة من غير جهة[1] المدَّعي.

ولأنه لا يحتاج إليها مع المرأتين؛ فإذا ثبت ذٰلك، ثم كان الطلاق والنكاح؛ لا يحكم فيه بالشاهد والمرأتين؛ كان بأن لا يحكم فيه باليمين والنكول أولى.

مسألة ١٨١٥

إذا كانت له بينة حاضرة، وكان عالماً بها قادراً على إقامتها، فعدل إلى يمين المدَّعى عليه، ثم أراد إقامتها من بعد؛ ففيه روايتان[2]:

إحداهما: أن له ذلك، وهو قول أبو حنيفة[3] والشافعي[4].

والأخرى: ليس له ذٰلك.

فوجه قوله أن له ذٰلك: أنها حال لو أقر فيها المدعى عليه لثبت الحق عليه، فإذا أقام المدعي[5] فيها البينة؛ وجب قبولها؛ أصله قبل أن يحلف.

ولأن حق المدعي يثبت بالبينة تارة وبالاعتراف أخرى، وقد ثبت أنه لا فرق بين أن يعترف قبل أن يحلف، وبعده في ثبوت الحق؛ فكذٰلك في إقامة البينة؛ لا فرق بين قبل اليمين أو بعدها.

ولأن حق المدعي لا يسقط باليمين، وإنما الدعوى تنقطع بها، وإذا لم تسقط باليمين؛ صح إثباته بالبينة.

ولأنها بينة لو أراد إقامتها قبل اليمين؛ لكان له ذٰلك، فوجب أن لا يقطعها

---

(١) في (ط): «جنبة».

(٢) «المدونة» (٤ / ٧٢ ـ ٧٣)، «التفريع» (٢ / ٢٤٥)، «الرسالة» (٢٤٥)، «المعونة» (٣ / ١٥٨١)، «جامع الأمهات» (ص ٤٨٦).

(٣) «مختصر اختلاف العلماء» (٣ / ٣٦٨ رقم ١٥٠٤)، «المبسوط» (١٦ / ١١٩).

(٤) «مختصر المزني» (٣٠٩)، «الحاوي الكبير» (٢١ / ١١٤).

(٥) كذا في «المعونة» وهو الصواب، وفي الأصل والمطبوع: «المدعى عليه»!!

اليمين، كما لو كانت غائبة أو لا يعلمها.

ووجه قوله أنه ليس له ذٰلك؛ قوله ﷺ: «شاهداك أو يمينه»[(١)]؛ فجعل له أحدهما فوجب إذا استوفى أحدهما أن لا يكون له الأخرى.

ولأنه لو قال للحاكم أريد أن تجمع له بين الأمرين؛ بين يمينه وبينتي؛ لم يكن له ذٰلك، فدل على ما قلناه.

ولأنه إذا كان له بينة وهو قادر على إقامتها، فذٰلك ترك لها، ورضا منه بيمينه، وقد علم أنها تسقط مطالبته؛ فلم يكن له الرجوع فيما رضي به.

مسألة ١٨١٦

تقبل شهادة النساء على الإنفراد في الرضاع[(٢)]، خلافاً لأبي حنيفة[(٣)].

لأنه مما لا يطلع عليه الرجال في الغالب ولا يحضرونه؛ كالولادة

---

(١) مضى تخريجه.

(٢) «المدونة» (٤ / ٨١)، «التفريع» (٢ / ٢٣٧)، «الرسالة» (٢٤٦)، «الكافي» (٤٦٩)، «المعونة» (٣ / ١٥٥٢)، «جامع الأمهات» (ص ٤٧٥)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣ / ١٥٣)، «الذخيرة» (١٠ / ٢٤٨)، «تبصرة الحكام» (١ / ٢٣٥)، «تفسير القرطبي» (٣ / ٣٩١، ٣٩٥)، «أقرب المسالك» (ص ١٧٦)، «الشرح الكبير» (٤ / ١٨٨).
وهٰذا مذهب الشافعية.
انظر: «الأم» (٥ / ٢٩، ٣٠)، «المهذب» (٢ / ٣٣٥)، «نهاية المحتاج» (٧ / ١٨٥)، «شرح المحلّي على المنهاج» (٤ / ٣٢٥).
وهو قول الحنابلة أيضاً.
انظر: «المغني» (٩ / ١٥٥ ـ ١٥٦)، «تقرير القواعد» (٣ / ١٥ ـ بتحقيقي)، «منار السبيل» (٢ / ٤٩٦)، «حاشية الروض المربع» (٧ / ٦١٤)، «حلية العلماء» (٨ / ٢٧٨).
وقال به ابن حزم في «المحلى» (٩ / ٣٩٦ ـ ٤٠٢).

(٣) «اللباب» (٤ / ٥٥ ـ ٥٦)، «أحكام القرآن» (١ / ٥٠١)، «مختصر اختلاف العلماء» (٣ / ٣٤٨ رقم ١٤٧٨) كلاهما للجصاص، «النتف» (٢ / ٧٩٨ ـ ٨٠١)، «المبسوط» (١٦ / ١٤٢، ١٤٤)، «العناية» (٧ / ٣٧٥)، «أدب القضاء» للسروجي (٣٥٠)، «معين الحكام» (٩٤)، «الفوائد الزينية» (ص ١٢١ ـ بتحقيقي)، «جمل الأحكام» (١٣٦).

والاستهلال[١].

ولأنها شهادة على عورة لشهادة النساء مدخل فيها؛ فجاز أن يقبلن فيها منفردات كالولادة[٢].

مسألة ١٨١٧

لا يقبلن على الانفراد، ولا مع غيرهن في حقوق الأبدان مما يطلع عليه الرجال في غالب الحال؛ كالنكاح والطلاق والعتاق... وغير ذٰلك[٣].

---

(١) فرق أبو يوسف ومحمد بن الحسن، فقبلوا شهادة النساء على الانفراد بخصوص استهلال الصبي بالنسبة للإرث دون الرضاع.
انظر: «المبسوط» (١٦ / ١٤٢، ١٤٤)، «العناية» (٧ / ٣٧٥)، «درر الحكام» (٢ / ٣٧٢)، «حاشية ابن عابدين» (٥ / ٤٩٥).

(٢) ثبت في «الصحيحين» عن عقبة بن الحارث أنه تزوج أم يحيى بنت أبي إهاب، قال: فجاءت أمة سوداء، فقالت: أرضعتكما، فذكرت ذٰلك للنبي ﷺ، فأعرض عني، قال: فتنحيتُ فذكرتُ ذٰلك له، قال: وكيف وقد زعمت أنها قد أرضعتكما، فنهاه عنها.
فأثبت ﷺ الرضاع بشهادة أمة، فإثباتها بشهادة الحرة من باب أولى.
ووردت عدة أحاديث وآثار في هٰذا الباب.
انظر: «سنن الدارقطني» (٤ / ٢٣٢ ـ ٢٣٣)، «سنن البيهقي» (١٠ / ١٥١)، «الإرواء» (٧ / ٢٢٤ و٨ / ٣٠٦)، «مجمع الزوائد» (٤ / ٢٠١)، «نصب الراية» (٣ / ٢٦٤ و٤ / ٨٠، ٨١)، «المحلى» (٩ / ٤٠٣).
ثم يؤكد ذٰلك، أن هٰذه شهادة رأتها بعينها، فهي لا تتوقف على عقل وضبط، حتى تنسى، وتحتاج إلى كمال عقل، كمعاني الأقوال التي تسمعها من الإقرار بالدين وغيره، ثم هٰذه شهادة على عورة، فقبل فيها شهادة النساء المنفردات؛ كالولادة، ثم هٰذا معنى يثبت بقبول النساء المنفردات، فلا يشترط فيه العدد، كالرواية والأخبار الدينية، وأخيراً، لأن قبول شهادة النساء على الرضاع للحاجة إليهن.
انظر: «وسائل الإثبات» (١ / ٢١٥).

(٣) «المدونة» (٤ / ٨٢ ـ ٨٣)، «التفريع» (٢ / ٢٤٠)، «الكافي» (٤٦٦)، «المعونة» (٣ / ١٥٤٤)، «جامع الأمهات» (ص ٤٧٥)، «تفسير القرطبي» (٣ / ٣٩٥)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣ / ١٥٣)، «الذخيرة» (١٠ / ٢٥٣)، «الشرح الكبير» (٤ / ١٨٦ ـ ١٨٧)، «أقرب المسالك» (١٧٥)، «تبصرة الحكام» (١ / ٢١٢ ـ ٢١٣)، «الفواكه الدواني» (٢ / ٢٢٥).

وقال أبو حنيفة: يقبلن في كل ذٰلك إلا فيما أوجب قتلاً أو حداً[١].

فدليلنا أنه من حقوق الأبدان ليس بمال ولا مقصود به المال؛ كالقتل والزنا.

ولأن كل ما ليس بمال ولا يقصد به المال؛ فلا يقبلن فيه منفردات، لم يقبلن مع غيرهن كالقصاص والحدود[٢].

مسألة ١٨١٨

إذا قبلن منفردات أجزأ من عددهن امرأتان[٣].

= وهٰذا مذهب الشافعية.

انظر: «الأم» (٥ / ١٩، ٢٢)، «المهذب» (٢ / ٤١، ٣٣٤)، «الوجيز» (٢ / ٤)، «أدب القضاء» (٤٢٥) لابن أبي الدم، «روضة الطالبين» (١١ / ٢٥٣)، «شرح المحلّي على المنهاج» (٤ / ٣٢٥)، «مغني المحتاج» (٤ / ٤٤٢)، «نهاية المحتاج» (٦ / ٢١٧ و٨ / ٣١١ـ٣١٢).

وهٰذا هو الصحيح من مذهب الحنابلة.

انظر: «المغني» (٩ / ١٤٩، ١٥٠)، «المقنع» (٤ / ٣٤٥)، «الكافي» (٣ / ٢٠٥)، «منار السبيل» (٦ / ٤٩٤)، «الروض المربع» (٧ / ٦٠٨، ٦٠٩)، «الإفصاح» (٤٣٢).

وبه قال النخعي والزهري وسعيد بن المسيب والحسن البصري وربيعة في الطلاق، أفاده ابن قدامة.

(١) «مختصر الطحاوي» (١٦٩، ١٧٢، ٢٣٨)، «اللباب» (٤ / ٥٦)، «مختصر القدوري» (ص ٦٨)، «تحفة الفقهاء» (٢ / ١٩٧)، «المبسوط» (٥ / ٣٢ و١٦ / ١١٤)، «مختصر اختلاف العلماء» (٣ / ٣٤٥)، «الاختيار» (٢ / ١٤٠ و٣ / ٨٣)، «بدائع الصنائع» (٦ / ٢٨٠)، «معين الحكام» (١١٢)، «البحر الرائق» (٧ / ٦٢).

وهٰذا مذهب ابن حزم في «المحلى» (٩ / ٣٩٦).

(٢) صح قوله ﷺ فيما مضى تخريجه: «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل»، فحصر الشهادة في «ذوي عدل»، وكذا في قوله تعالى: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢]، وجاءت آثار تدلل على صحة هٰذا الاختيار.

انظر: «مصنف عبدالرزاق» (٧ / ٣٤٢)، «نصب الراية» (٤ / ٧٩ ـ ٨١)، «مجمع الزوائد» (٤ / ٢٠١)، «التلخيص الحبير» (٤ / ٢٢٧)، «الدراية» (٢٩٥)، «الإرواء» (٨ / ٢٩٥ ـ ٢٩٦)، «النظرية العامة لإثبات موجبات الحدود» (١ / ٢٧٩ ـ ٢٨٣).

(٣) «المدونة» (٤ / ٨١)، «مواهب الجليل» (٦ / ١٥٠)، «التفريع» (٢ / ٢٣٧)، «الرسالة» (٢٤٦)، «الكافي» (٤٦٩)، «المعونة» (٣ / ١٥٥٣)، «بداية المجتهد» (٢ / ٤٦٥)، «عقد الجواهر الثمينة»=

وقال الشافعي: لا يجزىء أقل من أربع نسوة[(١)].

وقال أبو حنيفة: إن كانت الشهادة فيما بين السرة والركبة قبل فيه امرأة واحدة[(٢)]، وقال قوم: لا يقبل أقل من ثلاث نسوة[(٣)].

= (٣/ ١٥٣ ـ ١٥٤)، «شرح الزرقاني على خليل» (٨ / ١٦٢)، «الذخيرة» (١٠ / ٢٤٨)، «حاشية الدسوقي» (٤ / ١٨٧، ١٨٨)، «البهجة في شرح التحفة» (١ / ١١٢)، «شرح ميارة على تحفة الحكام» (١ / ٩٦)، «بلغة السالك» (٢ / ٣٣٢ ـ ٣٣٣)، «حاشية العدوي» (٣١٤ ـ ٣١٥)، «أسهل المدارك» (٣/ ٢٢١).

وهٰذا مذهب ابن أبي ليلى وابن شبرمة وأبي عبيد وإسحاق، قاله محمد بن نصر في «اختلاف العلماء» (ص ٢٨٧) قلت: نقل الطحاوي في «اختلاف الفقهاء» (١ / ١٩٧) عن ابن شبرمة والشافعي: لا يقبل أقل من أربع نسوة، ونقل ابن القاص عن ابن أبي ليلى أنه يجوز في الولادة شهادة القابلة وحدها، ولا يجوز في الرضاع أقل من رجلين أو رجل وامرأتين، بينما في «المبسوط» (١٦ / ١٤٣)، و «تبيين الحقائق» (٤ / ٢٠٩) عنه أنه يشترط في الولادة ثنتين من النساء.

(١) «الأم» (٧ / ٤٨)، «روضة الطالبين» (١١ / ٢٥٣ ـ ٢٥٤)، «مغني المحتاج» (٤ / ٤٤٢)، «مختصر المزني» (٣٠٣)، «الإقناع» (٢٠١)، «المهذب» (٢ / ٢٣٥)، «شرح المحلِّي على المنهاج» (٤ / ٣٢٥)، «نهاية المحتاج» (٧ / ١٨٥ و٨ / ٣١٢)، «حلية العلماء» (٨ / ٢٧٩)، «الوجيز» (٢ / ٢٥٢)، «أدب القاضي» لابن القاص (١ / ٢٨٩)، «أدب القضاء» (٤٢٩) لابن أبي الدم، «مختصر الخلافيات» (٥ / ١٤٧ رقم ٣٥٦)، «السنن الكبرى» (٧ / ٤٦٣ ـ ٤٦٤)، وهٰذا قول عطاء والشعبي وأبي ثور، أفاده محمد بن نصر.

(٢) «اللباب» (٤ / ٥٦)، «المبسوط» (١٦ / ١٤٤)، «فتح القدير» (٧ / ٣٧٢)، «تبيين الحقائق» (٤ / ٢٠٩)، «الاختيار» (٢ / ١٤٠)، «بدائع الصنائع» (٦ / ٢٧٧)، «البناية» (٧ / ١٣٠)، «مختصر القدوري» (١٠٧)، «حاشية ابن عابدين» (٥ / ٤٦٤)، «الجوهر النقي» (١٠ / ١٥١)، «مجمع الأنهر» (٢ / ١٨٧)، «جمل الأحكام» (١٣٦ ـ ١٣٧).

والقول بقبول شهادة الواحدة هو مذهب سفيان الثوري وعامة أصحاب الرأي وأحمد بن حنبل، وأثر عن علي.

انظر: «اختلاف العلماء» (٢٨٧) لمحمد بن نصر، «اختلاف الفقهاء» (١ / ١٩٧) للطحاوي، «عمدة القاري» (١٣ / ٢٢٢)، «المحلى» (٩ / ٣٩٩ و١٤ / ١٣٤ ـ ط الأخرى)، «المغني» (٩ / ١٥٥ ـ ١٥٧)، «الإفصاح» (٢ / ٣٥٦)، «الإنصاف» (١٢ / ٨٥ ـ ٨٦)، «منتهى الإرادات» (٣ / ٦٠٢)، «كشاف القناع» (٦ / ٤٣٦).

(٣) وهو قول عثمان البتي.

فدليلنا أنه لا يعتبر فيه ثلاث نسوة، أنه حق مشهود فيه فلم يقف على ثلاثة أشخاص من جنس كسائر الحقوق.

ولأن النساء جنس له مدخل في الشهادة؛ فوجب أن لا يقف ما يشهدن فيه على ثلاثة أشخاص منه كالرجال.

ودليلنا على أنه لا يحتاج إلى أربع؛ أن كل جنس قبلت شهادته في شيء على الانفراد كفى فيه شخصان كالرجال.

ولأن شهـادة النساء تكون على أحد وجهين: إما أصلاً، وإما بدلاً؛ يقمن مقام غيرهن، فإن كن في هٰذا الموضع أصلاً كفى منهن اثنتان كالرجال، ولا يجوز أن يكن بدلاً لأن قبولهن على الانفراد يوجب أن يكـون لهن حكم أنفسهن كالرجال.

ودليلنا على أبي حنيفة: أنها شهادة في حق، فلم يثبت لشخص كالحقوق كلها.

ولأنه لا يثبت ولادة بشهادة فلم يثبت بامرأة واحدة كولادة المطلقة.

ولأن شهادة الرجال أقوى وآكد، ثم لا يقبل منهم واحد فالأضعف أولى[1].

= انظر: «اختلاف الفقهاء» للطحاوي (٢٨٧)، «مختصر اختلاف العلماء» (٣ / ٣٤٦ رقم ١٤٧٧) للجصاص، «المغني» (٩ / ١٥٦)، «حلية العلماء» (٨ / ٢٧٩)، «المحلى» (٩ / ٣٩٩)، «الطرق الحكمية» (ص ١٥٥).

(١) الراجح أن شهادة المرأة الواحدة مقبولة لثبوت ذٰلك في الحديث الذي ذكرناه في التعليق على المسألة قبل السابقة، وهٰذا مأثور عن بعض السلف، بل ورد عن علي وأبي بكر، وقال الجوهري في «نوادر الفقهاء» (ص ٣١٢): «وأجمع الصحابة أن شهادة المرأة الواحدة مقبولة على الولادة»، ووردت أحاديث أخر لم تثبت.
انظر: «مسند أحمد» (٢ / ٣٥، ١٠٩)، «سنن الدارقطني» (٤ / ٢٣٢)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ٥٤٦ ـ ٥٤٧).
واعتنى ابن حزم بالآثار الواردة في المسألة فانظرها عنده.

مسألة ١٨١٩

إذا تاب القاذف قبلت شهادته تاب قبل الجلد أو بعده[(١)].

وقال أبو حنيفة: إن تاب بعد الجلد لم تقبل شهادته[(٢)].

فدليلنا قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ﴾ إلى قوله: ﴿إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُواْ﴾ [النور: ٤]، والاستثناء إذا تعقب جملاً يصلح أن يكون عائداً إلى كل واحد منها على الانفراد؛ فإنه يعود إلى جميعها، ونحن ندل على ذلك فيما بعد.

ولأن كل من ردت شهادته بمعنى فسق به؛ جاز قبولها فيما بعد كالزاني والسارق.

ولأنه محدود في قذف فوجب أن تقبل شهادته إذا تاب؛ كالكافر إذا أسلم.

ولأن إقامة الحد استيفاء حق؛ فلم يتعلق به رد الشهادة

(١) «المعونة» (٣ / ١٥٣٧)، «تفسير القرطبي» (١٢ / ١٨٠، ١٨١)، «المنتقى» (٥ / ٢٠٧)، «شرح الزرقاني على الموطأ» (٣ / ٣٩٠)، «تبصرة الحكام» (١ / ٢٢٣)، «تفسير القرطبي» (١٢ / ١٨٠ - ١٨٢)، «شرح الزرقاني على مختصر خليل» (٨ / ١١٢)، «حاشية الدسوقي» (٤ / ٧٣)، والمصادر الأصولية الآتية قريباً.
وهذا مذهب الشافعية.
انظر: «الأم» (٧ / ٨٩)، «المهذب» (٢ / ٣٣١)، «المنهاج» (ص ١٥٣)، «مختصر الخلافيات» (٥ / ١٤٨ رقم ٣٥٧)، «معرفة السنن والآثار» (١٤ / ٢٦٤)، «السنن الكبرى» (١٠ / ١٥٢ - ١٥٤)، «أدب القاضي» (١ / ٣٠٣) لابن القاص، «مغني المحتاج» (٤ / ٤٣٩)، «نهاية المحتاج» (٨ / ١٣٨)، «فتح الوهاب» (٢ / ١٢١)، «حاشية البجيرمي على الخطيب» (٤ / ٣٨٥)، والمصادر الأصولية الآتية قريباً.

(٢) «مختصر الطحاوي» (٣٣٢)، «اللباب» (٤ / ٦٠)، «المبسوط» (١٦ / ١٢٥)، «مختصر القدوري» (١٠٧)، «روضة القضاة» (١ / ٢٥٨)، «شرح أدب القاضي» (٤ / ٤٤٣)، «أدب القضاء» (٣٢٩) للسروجي، «البناية» (٧ / ١٦٤)، «أحكام القرآن» (٣ / ٢٧٣) للجصاص، «الكشاف» (٣ / ٦٢)، «رؤوس المسائل» (٥٣٦) كلاهما للزمخشري، «جامع الأسرار» (٢ / ٣٢٧ - ٣٢٨) للكاكي، «البحر الرائق» (٧ / ٨٦)، «تبيين الحقائق» (٤ / ٢١٩)، «درر الحكام» (٢ / ٣٧٨)، والمصادر الأصولية الآتية قريباً.

كالقصاص(١).

مسألة ١٨٢٠

ودليلنا أن الاستثناء إذا تعقب جملاً يصلح عوده إلى كل واحد منها؛ فإنه يعود إلى جميعها(٢).

خلافاً لأصحاب أبي حنيفة في قولهم: إنه يعود إلى ما يليه فقط(٣).

---

(١) ما قرره المصنف قوي ووجيه لورود الآثار عليه، ولقوة ما احتج به، ولأن القذف افتراء على الآدمي، فلا يكون أعظم من الكفر الذي هو افتراء على الله، والكافر إذا أسلم قبلت شهادته.
انظر: «البرهان» (١ / ٢٨٨ ـ ٢٨٩) للجويني، «مصنف عبدالرزاق» (٧ / ٣٨٤، ٣٨٧)، «المحلى» (مسألة ٢٢٢٣)، «النظرية العامة» (٢ / ١٠ ـ ١٦).

(٢) «الاستغناء في حكم الاستثناء» (٦٥٧)، «شرح تنقيح الفصول» (٢٤٩)، كلاهما للقرافي، «الإشارة في معرفة الأصول» (٢١٢ ـ ٢١٣)، «إحكام الفصول» (٢٧٧) كلاهما للباجي، «مفتاح الوصول» (٨٢) للتلمساني، «تفسير القرطبي» (١٢ / ١٨٠ ـ ١٨١).
وإلى هٰذا ذهب جماهير أصحاب الشافعي.
انظر: «البرهان» للجويني (١ / ٢٨٨ ـ ٢٨٩)، «التحصيل» (١ / ٣٧٨) للأرموي، «الإحكام» (٢ / ٢٧٨ ـ ٢٨٠) للآمدي، «الكوكب الدرّي» (ص ٣٩٣ ـ ٣٩٨)، «مختصر قواعد العلائي» (٤٠٢)، «التمهيد» (١٢٠)، «نهاية السول» (٢ / ١٠٦) كلها للإسنوي، «تخريج الفروع على الأصول» (٣٧٩، ٣٨٣) للزنجاني، «اللمع» (٢٢ ـ ٢٣)، «روضة الطالبين» (٨ / ٩٢)، «منهاج الوصول» (٢ / ١٢٦ ـ مع شرحيه: للإسنوي والبدخشي).
وهٰذا مذهب الحنابلة.
انظر: «التمهيد» للكلوذاني (٢ / ٩١)، «العدة» (٢ / ٦٧٨) لأبي يعلى، «روضة الناظر» (٢ / ١٨٥)، «الوصول» (١ / ٢٥١) لابن برهان، «المسودة» (١٥٦)، «شرح الكوكب المنير» (٣ / ٣١٢)، «مختصر الطوفي» (ص ١١٢)، «مختصر البعلي» (ص ١٢٠)، «قواعد ابن اللحام» (ص ٢٥٧).

(٣) «التوضيح مع التلويح» (٢ / ٣٠)، «ميزان الأصول» (٣١٦) للسمرقندي، «أصول السرخسي» (١ / ٢٧٥)، «فتح الغفار» (٢ / ١٢٨) لابن نجيم، «فواتح الرحموت» (١ / ٣٣٢)، «كشف الأسرار» (٣ / ١٢٣)، «تيسير التحرير» (١ / ٣٠٢، ٣٠٥).
ونقل مذهبهم جل المذكورين سابقاً.
وهٰذا مذهب الرازي في «المعالم»، وتوقف في «المحصول» (١ / ق ٣ / ٦٣، ٦٧).

هو أن لواحق الكلام المؤثر فيه يجب تعليقها فيه ما أمكن، ولم يمنع مانع منه، وقد ثبت أن هٰذا الاستثناء يصح أن يعود إلى كل واحد مما ذكر قبله، وليس في اللفظ ما يقتضي عوده على ما يليه فيجب عوده إلى جميعه.

ولأن الشرط والاستثناء بمشيئة الله تعالى؛ من حقهما أن يتعلقا بجميع ما تقدمهما لكونهما من اللواحق المؤثرة فيه، فكذٰلك الاستثناء.

ولأن هٰذه الجمل إذا جمع بينها بحرف الواو صارت في حكم الجملة الواحدة؛ لأن الواو للجمع والاشتراك؛ وإذا صارت كذٰلك وجب في الاستثناء المتعقب لها أن يرجع إلى جميعها، كرجوعه إليها لو كانت بلفظ واحد[1].

= ونقله أبو الحسين البصري في «المعتمد» (١ / ٢٦٤) عن الظاهرية.

ومِمن قال بالوقف: الغزالي في «المستصفى» (٢ / ١٧٧)، و «المنخول» (١٦١). وأبو بكر الباقلاني كما في «الإشارة» (٢١٣) وغيره.

(١) لا خلاف بين العلماء في رجوع الاستثناء إلى الجملة الأخيرة من الجمل المتعاطفة، كما لا خلاف إلى عوده إلى كل منها لدليل قائم أو حجة ثابتة، وإنما محل الخلاف الظهور عند الإطلاق، وفضلاً عما ذكر المصنف من خلاف في هٰذه المسألة فقد ذهب آخرون إلى التفصيل فمنهم من يرى أنه إذا تبين إضراب عن الأولى فللآخرة، وإلا للجميع. وهو مذهب عبد الجبار وأبي الحسين من المعتزلة، ويرى آخرون أنه إذا ظهر أن الواو للابتداء رجع للجملة الأخيرة، وإن ظهر إنها عاطفة؛ فالواجب الوقف وهو مذهب الآمدي، وقال غيرهم: إن القيد الواقع بعد جمل إذا لم يمنع مانع من عوده إلى جميعها، لا من نفس اللفظ، ولا من خارج عنه؛ فهو عائد إلى جميعها، وإن منع مانع فله حكمه، والظاهر أن أقوال المفصلين في هٰذه المسألة متقاربة في المعنى وعليها التعويل، وهٰذه المسألة بعلم الأصول أليق.

انظر أقوال العلماء وأدلتهم في المصادر التالية: «المعتمد» لأبي الحسين (١ / ٢٦٤)، «الإحكام» لابن حزم (٤ / ٢١)، «العدة» لأبي يعلى (٢ / ٦٧٨)، «التبصرة» للشيرازي (١٧٢)، «شرح اللمع» للشيرازي (١ / ٤٠٨)، «إحكام الفصول» للباجي (٢٧٧)، «البرهان» للجويني (١ / ٣٨٨)، «المستصفى» للغزالي (٢ / ١٧٤)، «المنخول» للغزالي (١٦٠)، «ميزان الأصول» للسمرقندي (٣١٦)، «التمهيد» للكلوذاني (٢ / ٩١)، «المحصول» للرازي (١ / ٣ / ٦٣)، «منتهى السول» للآمدي (٢ / ٤٥)، «الوصول» لابن برهان (١ / ٢٥١)، «التحصيل» للسراج الأرموي (١ / ٣٧٨)، «منتهى السول» لابن الحاجب (١٢٥)، «روضة الناظر» لابن قدامة (٢ / ١٨٥)، «الإبهاج»=

مسألة ١٨٢١

لا تقبل شهادة العبد(١) خلافاً لداود(٢).

لقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢]، وهٰذه الإضافة تفيد الحرية دون الإسلام، لأن غير المسلم ليس بعدل، ولأنه نوع ينقص بمنع الميراث بينه وبين الأحرار؛ فوجب أن يمنع قبول الشهادات كالكفر.

ولأن الشهادة مبنية على التفاضل والكمال فلم يكن للعبد مدخل فيه كالرجم(٣).

= للسبكي وابنه (٢ / ١٥٣)، «جمع الجوامع» لابن السبكي (٢ / ١٧)، «شرح العضد» (٢ / ١٣٩)، «مناهج العقول» للبدخشي (٢ / ١٠٤)، «بيان المختصر» للأصفهاني (٢ / ٢٧٨)، «إرشاد الفحول للشوكاني» (١٥٠)، «التسهيل» لابن مالك (١٠٣)، «شرح الكافية» (١ / ٢٤٤) للرضي، «تفسير القاسمي» (٦ / ١٩٥٥)، «مباحث الكتاب والسنة» (٢١١).

(١) «الموطأ» (٢ / ٧٢٠)، «المدونة» (٤ / ٧٩ ـ ٨٠)، «التفريع» (٢ / ٢٣٨ ـ ٢٣٩)، «الرسالة» (٢٤٦)، «الكافي» (٤٦١ ـ ٤٦٢)، «المعونة» (٣ / ١٥١٨)، «جامع الأمهات» (ص ٤٦٩)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣ / ١٣٩)، «الذخيرة» (١٠ / ١٥١)، «تفسير القرطبي» (٣ / ٣٨٩ ـ ٣٩٠، ٣٩٩ و٥ / ٤١٤)، «حاشية الدسوقي» (٤ / ١٦٧).

(٢) هو قول داود وأنس وعثمان البتي وأحمد وإسحاق، واختاره ابن تيمية وابن القيم في «الإعلام» (١ / ١٠٥ ـ ط الوكيل).

انظر: «حلية العلماء» (٨ / ٢٤٧).

بل هٰذا هو المشهور عن أحمد، وبه قال الثوري وأبو ثور وابن حزم.

ونقله القرطبي عن شُريح؛ وقال: «وأجازها الشعبي والنخعي في الشيء اليسير».

وانظر: «فقه الإمام أبي ثور» (٧٦٢)، وأسنده سحنون في «المدونة» (٤ / ٨٠)، عن عثمان.

(٣) الصحيح قول الجمهور؛ لأن الله تعالى قال: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ﴾ وساق الخطاب إلى قوله: ﴿مِن رِّجَالِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

فظاهر الخطاب يتناول الذين يتداينون، والعبيد لا يملكون ذٰلك دون إذن السادة. قاله القرطبي (٣ / ٣٩٠). وهٰذا مذهب الحنفية.

انظر: «بدائع الصنائع» (٩ / ٤٠٢٧)، «جمل الأحكام» (ص ٢٢٩) ـ وعلل المنع بقوله: «لأن فيه تضميناً، لأنه إذا رجع عن شهادته وجب عليه الضمان، فصار كالكفالة» ـ، «المبسوط» (١٦ / =

مسألة ١٨٢٢

شهادة الأعمى تقبل فيما طريقه الصوت؛ سواء تحملها أعمى أو بصيراً ثم عمي[(١)]؛ خلافاً لأبي حنيفة[(٢)] والشافعي[(٣)].

= ١٣٧)، «الفتاوى الخانية» (٢ / ٤٦٥)، «أدب القضاء» (٣٢٨، ٣٤٩).

وهٰذا مذهب الشافعية.

انظر: «أدب القاضي» لابن القاص (١ / ٣٠٦ ـ ٣٠٧) ـ وفيه: «وليس بنا ضرورة إلى أن يشهد عبد، فإن أكثر المسلمين أحرار» ـ.

(١) «التفريع» (٢ / ٢٣٦)، «الكافي» (٤٦٤)، «المعونة» (٣ / ١٥٥٧)، «جامع الأمهات» (ص ٤٧٥)، «الخرشي» (٧ / ١٧٩)، «الذخيرة» (١٠ / ١٦٤)، «تفسير القرطبي» (٣ / ٣٩٠ ـ ٣٩١ و١٤ / ٢٢٨ و٩ / ٢٤٥)، «حاشية الدسوقي» (٤ / ١٦٧).

وذهب إلى هٰذا زفر وابن حزم. انظر: «المحلى» (٩ / ٤٣٣).

(٢) «مختصر الطحاوي» (٣٣٢)، «اللباب» (٤ / ٦٠)، «روضة القضاة» (١ / ٢٦٣)، «المبسوط» (١٦ / ١٢١، ١٢٩)، «عيون المسائل» (٢ / ٣٠٨)، «بدائع الصنائع» (٢ / ٩٨٧)، «مختصر اختلاف العلماء» (٣ / ٣٣٦ رقم ١٤٦٧)، «أدب القضاء» للسروجي (٣٣٣) ـ وفيه: «الأعمى إذا تحمل الشهادة، ثم شهد بعدما صار بصيراً تقبل»، و(ص ٣٣٨) وفيه: «المشهود له والمشهود عليه إذا كانا معروفين، وليس على اسمهما ونسبهما غيرهما، فشهد الأعمى لأحدهما على الآخر؛ تقبل» ـ، «شرح الكنز» للعيني (٢ / ٨١)، «درر الحكام» (٢ / ٣٧٨).

وقال أبو يوسف: إن دخل فيها وهو بصير، ثم أدّاها وهو أعمى جازت.

(٣) قال صلاح الدين الصفدي الشافعي في «نكت الهميان في نكت العميان» (ص ١٧): «المذهب أنه لا تقبل شهادة الأعمى إلا في موضعين؛ أحدهما: أن يقول له إنسان في أذنه شيئاً فيعْلَقَه ويحمله إلى الشهادة إذا كانت على ذٰلك لم يؤثر فيها فقد البصر.

قال الإمام أحمد رحمه الله: للأعمى الشهادة اعتماداً على الصوت، كما له أن يطأ زوجته ويميّز بينها وبين غيرها بالصوت ونحوه».

وانظر: «الأم» (٧ / ٤٦)، «الإقناع» (٢٠٢)، «روضة الطالبين» (١١ / ٢٦٠)، «حلية العلماء» (٨ / ٢٩١)، «مغني المحتاج» (٤ / ٤٤٦)، تحفة المحتاج» (٤ / ٢٦٤، ٣٢٧)، «أدب القاضي» (١ / ٣٠٤) لابن القاص، «أدب القضاء» (٣٦٢) لابن أبي الدم، «المجموع» (٢٠ / ٢٦٣)، «الغاية القصوى» (٢ / ١٠٢٣)، «نهاية المحتاج» (٨ / ١٤٤)، «فتح الوهاب» (٢ / ٢٢٤)، «شرح المحلِّي على المنهاج» (٤ / ٣٢٧)، «حاشية البجيرمي على الخطيب» (٤ / ٣٥٢، ٣٨٣)، «تقرير القواعد» (٢ / ٤٣٠ ـ بتحقيقي)، «الإنصاف» (١١ / ١٧٧).

لأن الصوت طريق لمعرفة الأشخاص والتمييز بين الأعيان شرعاً وعادةً:

أما الشرع فرواية الصحابة والتابعين عن أزواج النبي ﷺ، ومعلوم أنهم سمعوا منهن من وراء حجاب[١]، وإنما كانوا يميزون بين أسمائهن بالصوت.

وكذٰلك قوله ﷺ: «لا يمنعكم من سحوركم أذان بلال فإنه يؤذن بليل، فكلوا واشربوا حتى يؤذّن ابن أم مكتوم»[٢].

وقد علم أنهم لم يكونوا يفرقون بينهما إلا بالصوت، ولأن الإقدام على الفروج أغلظ من الشهادة عليه بالحقوق؛ وللأعمى أن يطأ زوجته مع العلم بأنه لا يفرق بينها وبين غيرها إلا بالصوت.

فكل هٰذا يدل على أن الصوت طريق للتمييز بين الأشخاص.

ولأن العادة أن الأعمى إذا تكرر عليه سماع صوت زوجته وولده وصديقه، وطال اجتماعه معهم، وكثر إلفه وطروق صوتهم لسمعه، ومع العلم له بعينه وانتفاء اللبس عنه بغيره، وميز بين شخصه بسماع كلامه، وبين من سواه، وصار ذٰلك طريقاً مستمراً وإلفاً معتاداً لا يتخلله شك فيه ولا ريب ولا معتبر؛ بأنه قد يخفى عليه بعض الأوقات، وتتشابه به النغم والأصوات، لأن ذٰلك يزول مع إحكام التأمل ومع قوة العادة، واستمرارها كالبصير الذي إذا رأى الشخص الذي قد طالت غيبته عنه، وبعد عهده به فإنه يشتبه عليه في أول لقائه، فإذا أنعم ذلك وأدام التأمل؛ زال اللبس عنه، وإذا صح أن الصوت طريق يميز به بين الأشخاص؛ صح أن العلم به واقع للأعمى، وجازت شهادته معه[٣].

---

(١) انظر: «صحيح البخاري» (كتاب التفسير، باب قوله: ﴿لا تدخلوا بيوت النبي إلا أن يؤذن لكم إلى طعام...﴾، رقم ٤٧٩١)، و«صحيح مسلم» (كتاب النكاح، باب زواج النبي ﷺ زينب بنت جحش ونزول الحجاب، رقم ٤٧٩١).

(٢) مضى تخريجه.

(٣) الراجح أن البصر ليس شرطاً لصحة الشهادة فيما طريقه السماع لقوله تعالى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُوا۟ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ ۖ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، ولقوله: =

مسألة ١٨٢٣

تقبل شهادة الأخرس إذا فهمت إشارته[(١)]؛ خلافاً لأبي حنيفة[(٢)]

= ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢]، إلى غير ذٰلك من النصوص الواردة في الكتاب والسنة، والمتضمنة الأمر بالإشهاد، دون تفرقة بين أن يكون الشاهد كفيفاً أو مبصراً، ولأنه عدل مقبول الرواية؛ فوجب قبول شهادته كالبصير، ولأن السمع طريق يحصل به العلم كالبصر، إذ مناط قبول شهادة الشاهد علمه بما يشهد به على وجه اليقين، دون اعتبار للآلة التي حصل العلم بها.

وقد اعتبر الشرع السمع طريقاً يحصل به العلم، يدل عليه حديث ابن أم مكتوم الذي ذكره المصنف.

ومن المعلوم أنهم لم يكونوا يفرقون بينهما إلا بالصوت.

وإذا كان الاعتماد على معرفة الصوت أمراً جائزاً في نقل النصوص الشرعية التي تبنى عليها الأحكام، فلأن يقال بجوازه بالنسبة إلى ما دون ذٰلك أولى.

وأما ما استدل به المانعون من النقل، فقد اعتمدوا على أثر عند عبدالرزاق (٨ / ٣٢٤ رقم ١٥٣٨٠)، قال: أخبرنا ابن عيينة عن الأسود بن قيس عن أشياخهم: أن علياً لم يجز شهادة أعمى في سرقة؛ فلم يثبت، لأن رواته مجهولون، فقد روي من طريق الأسود بن قيس عن أشياخ قومه، ثم هو قول صحابي خالفه فيه غيره، فقد ورد عن ابن عباس أنه أجاز شهادة الأعمى، بل قد روي عن علي جواز قبول شهادة الأعمى، ومع تعارض ما ورد عنه لا يصح الاحتجاج به.

وأما قولهم: إن آلة التمييز بين الأشخاص منتفية بالنسبة للأعمى، فغير مسلم، إذ التمييز ممكن بالسمع، فإذا تكرر سماع الأعمى لصوت شخص معين أمكنه أن يقطع بمعرفة صوته.

وجواز اشتباه الأصوات على الكفيف، كجواز اشتباه الصور على المبصر، فكما لا يجوز للمبصر أن يشهد على شخص معين، إلا إذا عرف صورته معرفة قاطعة ينتفي معها كل احتمال، فكذا بالنسبة للكفيف، وإنكار القدرة على التمييز بين الأشخاص بالصوت مكابرة لا تتفق مع الواقع، وقياس الأقوال على الأفعال لا يصح، إذ الأفعال لا تدرك إلا بالبصر وهو منتف من الكفيف، وأما الأقول فهي إنما تدرك بالسمع، والبصير وغيره في ذٰلك سواء، فقياس أحدهما على الآخر قياس مع الفارق، وهو لا يصح.

وانظر: «النظرية العامة لإثبات موجبات الحدود» (١ / ٢٦٦ ـ ٢٦٨).

(١) «التفريع» (٢ / ٢٣٦)، «الكافي» (٤٦٤)، «المعونة» (٣ / ١٥٥٨)، «تفسير القرطبي» (٩ / ٢٤٥ و١١ / ١٠٤).

وإلى هٰذا ذهب بعض الشافعية، وهو قول عندهم خرجه أبو العباس بن سريج، وإليه ذهب ابن المنذر.

(٢) «شرح فتح القدير» (٦ / ٢٨)، «المبسوط» (١٦ / ١٣٠)، «روضة القضاة» (١ / ٢٦٣)، «مختصر =

والشافعي[(١)].

لأن الشهادة علم يؤديه الشاهد إلى الحاكم، فإذا فهم منه بطريق يفهم من مثله؛ قبلت كالناطق إذا أداها بالصوت.

ولأنه معنى يحتاج إلى النطق فيقع الفهم، فإذا تعذر النطق؛ جاز أن تقوم الإشارة مقامه إذا وقع الفهم بها؛ أصله الإقرار والطلاق[(٢)].

= اختلاف العلماء» (٣ / ٣٦٩ رقم ١٥٠٦)، «أدب القضاء» (٣٤٥) للسُّرُوجي، «حاشية ابن عابدين» (٧ / ٦٣).

(١) «المهذب» (٢ / ٣٤٢)، «روضة الطالبين» (١١ / ٢٤٥)، «أدب القاضي» (١ / ٣٠٦) لابن القاص، «فتح الوهاب» (٢ / ٢٢٠)، «حاشيتا قليوبي وعميرة» (٣ / ١٧٧)، «تحفة المحتاج» (٤ / ٣٠٨)، «نهاية المحتاج» (٨ / ١٢٥)، «حاشية البجيرمي على الخطيب» (٤ / ٣٧٠)، «حلية العلماء» (٨ / ٢٤٦).

وهٰذا هو مذهب الحنابلة، وذهب بعضهم إلى قبولها في الأمور التي تدرك بحاسة البصر، إذا أداها بخطه؛ لأن الكتابة وسيلة للتعبير كالكلام.

انظر: «المغني» (١٢ / ٦٣ ـ ط المنار)، «الإنصاح» (ص ٤٣٤).

(٢) يستدل على صحة ما قرره المصنف بما أخرجه أبو داود (٦٠٢) وغيره: «أن النبي صلى الله تعالى عليه وسلم أشار للناس وهو في الصلاة؛ أن اجلسوا، فجلسوا».

ووجه الدلالة: لولا أن الإشارة طريق يحصل بها العلم لما أشار النبي إليهم، ولأن إشارته قائمة مقام نطقه في نكاحه وطلاقه وظهاره، إلى غير ذٰلك من الأحكام المتعلقة به؛ فكذا في شهادته.

ويتقوى القول بقبول شهادة الأخرس؛ إذا أداها كتابة، إذ الكتابة وسيلة للتعبير كالكلام، ولأن العلة التي لأجلها قال كثير من الفقهاء بعدم قبول شهادة الأخرس، ولو فهمت إشارته؛ وهي تطرق الاحتمالات إلى ما قصده من إشارته منتفية هنا، فالكتابة تدل دلالة قاطعة على ما قصده الكاتب بخلاف الإشارة.

ونازع المخالفون الاستدلال بفعله عليه الصلاة والسلام؛ حينما أشار للناس بالجلوس في الصلاة بقولهم: هٰذا لا وجه له، لأن النبي صلى الله تعالى عليه وسلم قد أشار إليهم، مع أنه كان قادراً على الكلام، وأداء القادر على النطق شهادته بالإشارة لا يصح بالاتفاق، ولأن ما صدر عنه عليه الصلاة والسلام؛ إخبار بجواز الجلوس أو بوجوبه على الخلاف في ذٰلك، والأخبار تكفي في العمل بها غلبة الظن.

وأما قبول إشارته في نكاحه وطلاقه وظهاره إلى غير ذٰلك من الأحكام، وإنزال إشارة الأخرس منزلة=

مسألة ١٨٢٤

لا تقبل شهادة كافر على وجه[(١)].

وقال أبو حنيفة: تقبل شهادة أهل الذمة على سائر ملل الكفر إذا كانوا عدولاً في دينهم[(٢)].

= الكلام من الناطق، فأمر دعت إليه الضرورة، لأن ذٰلك لا يعلم إلا من جهته، فلو لم تقبل إشارته للحقه ضرر كبير، وتعطلت كثير من الأحكام التي شرعها الله له.

والضرورة داعية إلى قبول شهادته، مادام بالإمكان استشهاد غيره، وأما إذا لم يوجد سواه، وكانت إشارة معهودة مفهومة؛ فإن الضرورة توجب الحكم بشهادته، وإلا ضاعت الحقوق.

وإذا كان قبول شهادة الأخرس أمراً دعت إليه الضرورة، وجب أن يقتصر القبول على الحالات التي يتحقق فيها ذٰلك إذ الضرورة تقدر بقدرها.

انظر: «النظرية العامة لإثبات موجبات الحدود» (١ / ٢٦٤ ـ ٢٦٥).

(١) «المدونة» (٥ / ١٥٧ ـ ط دار صادر)، «جامع الأمهات» (ص ٤٦٩)، «حاشية العدوي على الخرشي» (٧ / ١٧٦)، «تفسير القرطبي» (٦ / ٣٥٠ ـ ٣٥١، ١٨٠ ـ ١٨١، ٥/ ٨٤)، «الذخيرة» (١٠ / ١٥٣)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣/ ١٣٧)، «حاشية الدسوقي» (٤ / ١٦٥).

وهٰذا مذهب الشافعية والحنابلة، وبه قال ابن أبي ليلى والأوزاعي وابن حزم.

انظر: «الأم» (٦ / ٢٣٣)، «المهذب» (٢ / ٣٢٥)، «الوجيز» (٢ / ٣٤٩)، «المنهاج» (ص ١٥٣)، «روضة الطالبين» (١١ / ٢٩٢)، «المهذب» (٢ / ٣٢٥)، «الوجيز» (٢ / ٣٤٩)، «المنهاج» (ص ١٥٣)، «روضة الطالبين» (١١ / ٢٩٢)، «تحفة المحتاج» (٤ / ٣٠٨)، «مغني المحتاج» (٤ / ٤٢٧)، «نهاية المحتاج» (٨ / ١٢٥)، «أدب القاضي» (١ / ٣٠٥) لابن القاص، «الحاوي الكبير» (١٦ / ٦١ ـ ط دار الكتب العلمية)، «حاشية البجيرمي على الخطيب» (٤ / ٣٣٩)، «المغني» (١٢ / ٥٣ ـ ط دار المنار، أو ١٤ / ١٧٣ ـ ط الأخرى)، «الإنصاف» (١٢ / ٣٩ ـ ٤٠)، «منتهى الإرادات» (٣ / ٥٨٨)، «كشاف القناع» (٦ / ٤١٧)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ٥٥٠)، «الطرق الحكمية» (ص ١٧٧)، «المحلى» (٩ / ٤٠٥).

(٢) المذكور قول أبي حنيفة، وخالفه أبو يوسف ومحمد، فزعما أن شهادة الذمي على المستأمن من أهل الحرب جائزة، وشهادة أهل الحرب على الذمي لا تجوز، وشهادة أهل الحرب بعضهم على بعض جائزة إذا كانوا من دار واحدة، فإن كان من دارين متفرقين لم تجز.

انظر: «مختصر الطحاوي» (٣٣٥)، «مختصر اختلاف العلماء» (٣ / ٣٤٠ رقم ١٤٧١)، «المبسوط» (١٦ / ١١٣، ١٤٠)، «الهداية» (٣/ ١٢٤)، «اللباب» (٤ / ٦٣)، «فتح القدير» (٧ / =

= ٤١٦)، «البناية» (٧ / ١٨٢)، «تبيين الحقائق» (٤ / ٢٢٣)، «الاختيار» (٢ / ١٤٩)، «بدائع الصنائع» (٩ / ٤٠٥٦)، «البحر الرائق» (٧ / ١٠٢)، «أدب القضاء» للسروجي (٣٣٧)، «روضة القضاة» (١ / ٢٠٢)، «جمل الأحكام» (ص ٢٨٨)، «درر الحكام» (٢ / ٣٧٦)، «شرح العيني على الكنز» (٢ / ٨٣)، «عيون المسائل» (٣١٠، ٣١١)، «رؤوس المسائل» (٥٢٩)، «رد المحتار» (٥ / ٣٧٢، ٣٧٣).

ويرى شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم قبول شهادة غير المسلم في كل ضرورة، حضراً أو سفراً، لأن شهادتهم إنما قبلت في الوصية لأجل الضرورة، فقياس غيرها عليها مما تتحقق فيه العلة.

وهٰذا القول أولى أن يؤخذ به إذ هو أكثر تمشياً مع النصوص الواردة في الكتاب والسنة، والدالة صراحة على قبول شهادة الكافر على المسلم في الوصية، وترك العمل بها مع عدم معارض صريح لها لمجرد تأويلات ضعيفة أمر يصعب التسليم به.

ويجاب على ما احتج به القائلون بعدم قبول شهادة الكافر على المسلم أن قولهم: إن الكافر فاسق، وقد نهى الله عن قبول شهادة الفاسق، فترد شهادة الكافر قياساً عليه غير صحيح؛ لأن القياس إنما يقبل فيما لم يرد فيه نص.

وقبول شهادة الكافر على المسلم في الوصية في السفر عند تعذر المسلمين قد ورد في الأمر به نص صريح، فالذي أمر برد شهادة الفاسق، هو الذي أمر بقبول شهادة الكافر في الوصية، فالكل من عند الله، وهو أعلم بما يصلح أمور عباده؛ فوجب التسليم.

وأما قولهم: إن آية الوصية منسوخة بقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا۟ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢]، فغير مسلّم، إذ القول بالنسخ لا يصار إليه إلا إذا تعذر التوفيق بين النصين المتعارضين، وهو غير متعذر بين هاتين الآيتين، فمن الممكن القول: إن آية ﴿وَأَشْهِدُوا۟ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ عامة؛ خصصتها آية الوصية في السفر، ولأن سورة المائدة من آخر ما نزل من القرآن، فهي محكمة لم ينسخ منها شيء، يدل على ذٰلك ما رواه الإمام أحمد والحاكم عن جبير بن نفير؛ قال: «دخلت على عائشة فقالت: هل تقرأ سورة المائدة؟ قلت: نعم، قالت: فإنها آخر سورة أنزلت، فما وجدتم فيها من حلال فأحلوه، وما وجدتم فيها من حرام فحرموه»، وقد عمل بها أبو موسى الأشعري، ولم ينكر عليه أحد من الصحابة، ولو كانت منسوخة لما خفي عليهم ذٰلك.

وأما تفسير قوله جل ذكره: ﴿مِنْ غَيْرِكُمْ﴾ [المائدة: ١٠٦]، أي من غير قبيلتكم، فلا يصح؛ لأن الخطاب في الآية لجميع المؤمنين، لا لقبيلة دون أخرى، وغير المؤمنين هم الكفار.

وقد أجمع المفسرون على أن الآية إنما نزلت في شأن عدي بن بداء وتميم الداري، وقد كانا =

ودليلنا أن كل من لم تقبل شهادته على المسلمين لم تقبل على غيرهم؛ كالفاسق المسلم.

ولأنها شهادة من فاسق كالشهادة على المسلم.

ولأنه قد ساوى المسلم الفاسق في الفسوق، وزاد عليه بالكفر.

ولأنه نقص مؤثر في الشهادة؛ كالرق(١).

= كافرين.

انظر: «الطرق الحكمية» (ص ١٩٢)، «النظرية العامة» (١ / ٢٥٦ ـ ٢٥٧).

وذهب عطاء والحسن وإسحاق والأوزاعي إلى قبول شهادة بعضهم على بعض إذا اتحدت مللهم، أفاده ابن قدامة. وانظر: «فقه الأوزاعي» (٢ / ٣٥٧).

(١) الراجح القول بقبول شهادة الكفار على بعضهم؛ لأن الحاجة إليه داعية إلى قبول شهادتهم لحفظ حقوقهم، وإقامة العدل بينهم، والقول بعدم قبول شهادتهم يؤدي إلى إلحاق الحرج والمشقة بهم، والدين الإسلامي جاء بالتيسير ودفع الحرج عن الناس جميعاً، يستوي في ذلك المسلم وغيره، ولأن القرآن الكريم قد نص صراحة على قبول شهادتهم على المسلمين في الوصية لأجل الحاجة، ومن المسلم به أن الحاجة إلى قبول شهادتهم على بعضهم أشد من الحاجة إلى قبول شهادتهم على المسلمين.

وأجيب على ما احتج به القائلون بعدم جواز شهادتهم على بعضهم؛ أن استدلالهم بقوله تعالى: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، وقوله: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢]، لا وجه له؛ لأن الآيتين إنما وردتا في شأن المؤمنين. قال تعالى في الآية الأولى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾ إلى أن قال ﴿فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾، وقال في الآية الثانية: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ﴾ إلى أن قال ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ...﴾ [الطلاق: ٢].

فواضح من سياق هاتين الآيتين أنهما نزلتا لبيان بعض الأحكام المتعلقة بالمؤمنين خاصة، ولم تتعرضا لشهادة الكفار لا بالتجويز ولا بالمنع، فكيف يحتج بهما على حكم لم تدلا عليه صراحة ولا ضمناً.

وأما قوله تعالى: ﴿وَأَلْقَيْنَا بَيْنَهُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ إِلَىٰ يَوْمِ الْقِيَامَةِ﴾ [المائدة: ٦٤]؛ فلا دلالة فيه على رد شهادتهم، لأن العداوة لا تمنع من قبول الشهادة إلا إذا كانت دنيوية، والعداوة بينهم عداوة دينية، فلم تكن مانعة من قبول شهادتهم على بعضهم.

وأما قولهم: إن في قبول شهادتهم إكراماً لهم فغير مسلّم؛ فإكرامهم إنما يتحقق بقبول شهادتهم على=

مسألة ١٨٢٥

لا تجوز شهادة الوالدين للمولودين، ولا المولودين لآبائهم الذكور[١] والإناث، بعُدوا أم قَرُبوا من الطرفين[٢].

= المسلمين، وهٰذا لم يقل به أحد إلا على الوصية في السفر لأجل الضرورة، وما يلحق به.

وتجويز شهادتهم على بعضهم لا إكرام فيه. إذ الغرض منه دفع شر بعضهم عن بعض، وإقامة العدل بينهم.

وأما قولهم: إن من تجرأ بالكذب على الله لا يتورع عن الكذب على مثله، فغير مسلم، إذ أكثرهم يعتقد أنه محق فيما يقول أو يفعل، ولذٰلك فهم يتدينون بما يصدر عنهم، ويأملون أن يثابوا عليه، وهٰذا موجود في بعض الفرق الإسلامية التي ضلت عن طريق الرشاد، فالخوارج مثلاً هم من أصدق النا س حديثاً؛ مع أنهم قد كذبوا على الله في كثير من معتقداتهم.

وأما القول أن شهادتهم على بعضهم غير مقبولة، قياساً على شهادتهم على المسلمين؛ فلا يصح؛ لأن العلة التي لأجلها ردت شهادتهم على المسلمين وهي كونهم أدنى من المسلمين، والأدنى لا ولاية له على من هو أعلى منه، ليست متحققة في شهادتهم على مثلهم، والاتحاد في العلة بين المقيس والمقيس عليه شرط لصحة القياس.

وهٰذا اختيار ابن تيمية، فقد عرضت عليه مسألة أجاب فيها بما يؤيد صحة ما رجحناه، وهذه صورة المسألة: أنه كان لقوم وديعة عند راهب في دير على البحر المالح، فادعى أنه عدم الوديعة مع ما عدمه مما في الدير، وتبين لهم بعد ذٰلك أنه باعها، وأن له أخاً من الحرامية يؤويه هو وعصابته يجيئونه من البحر، والقوم يثبتون صحة ما قالوا بشهود من النصارى.

فاختار ابن تيمية ـ رحمه الله تعالى ـ: أنه إذا شهد على الذمي ذمي من أهل دينه المقبولين كان قبول شهادتهم عليه آكد، قال: «قبول شهادتهم عليه ـ هنا ـ آكد».

انظر: «مجموع الفتاوى» (٣٠ / ٣٩٦)، «الطرق الحكمية» (١٨١)، «النظرية العامة» (١ / ٢٦٠ ـ ٢٦١).

(١) في الأصل: «المذكورين».

(٢) «الموطأ» (٢ / ٧٢٠)، «المنتقى» (٥ / ١٩٧)، «المدونة» (٤ / ٧٩)، «التفريع» (٢ / ٢٣٨ ـ ٢٣٩)، «الرسالة» (٢٤٦)، «الكافي» (٤٦١ ـ ٤٦٢)، «المعونة» (٣ / ١٥٢٩)، «أسهل المدارك» (٣ / ٢١٤)، «مواهب الجليل» (٦ / ١٥٤ ـ ١٥٥)، «بداية المجتهد» (٢ / ٤٦٤)، «جامع الأمهات» (ص ٤٧٢)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣ / ١٤٢)، «الذخيرة» (١٠ / ٢٥٩)، «تفسير القرطبي» (٥ / ٤١٠، ٤١١)، «حاشية الدسوقي» (٤ / ١٦٨).

وهٰذا مذهب الحنفية.

وذهب داود[(١)] وغيره[(٢)] إلى جوازها.

فدليلنا قوله ﷺ: «لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين»[(٣)]؛ فعمّ.

= انظر: «الجامع الكبير» (١٦٥ ـ ١٦٧)، «اللباب» (٤ / ٦٠)، «فتح القدير» (٧ / ٤٠٣)، «الاختيار» (٢ / ١٤٧)، «شرح العيني على الكنز» (٢ / ٨١)، «بدائع الصنائع» (٩ / ٤٠٣٧)، «جمل الأحكام» (٣٢٤)، «تبيين الحقائق» (٤ / ٢١٩)، «البحر الرائق» (٧ / ٨٠، ٨٧)، «حاشية ابن عابدين» (٥ / ٤٦٢)، «شرح أدب القاضي» (٤ / ٤٦٤)، «روضة القضاة» (١ / ٢٦٩ ـ ٢٧٠)، «أدب القضاء» (٣١٦، ٣٣٥).

وهو مذهب الشافعية.

انظر: «الأم» (٧ / ٤٢)، «روضة الطالبين» (١١ / ٢٣٦)، «مغني المحتاج» (٤ / ٤٣٤)، «نهاية المحتاج» (٨ / ١٣٤)، «الحاوي الكبير» (١٦ / ١٦٣ ـ ط دار الكتب العلمية)، «أدب القاضي» (١ / ٣٠٨) لابن القاص ـ وفيه: «وكان في القديم يجيز شهادة المرء لوالدته» ـ، «فتح الوهاب» (٢ / ١٢١).

(١) هو قول داود وأبي ثور والمزني؛ أفاده الشاشي في «حلية العلماء» (٨ / ٢٥٨).

وانظر: «فقه الإمام أبي ثور» (٧٦٠)، «أدب القاضي» (١ / ٣٠٩) لابن القاص.

(٢) أجاز ذٰلك أيضاً أحمد في رواية عنه، والمشهور عند الحنابلة المنع، وهو قول الشافعي القديم، وبه قال إسحاق والظاهرية.

انظر: «المغني» (٩ / ١٩١)، «الإنصاف» (١٢ / ٦٦)، «منتهى الإرادات» (٣ / ٥٩٦)، «كشاف القناع» (٦ / ٤٢٨)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ٥٤٨ رقم ٨٠٤)، «الإفصاح» (٤٣٦)، «المحلى» (٩ / ٤١٥).

وهٰذا مذهب الزيدية والإمامية.

انظر: «البحر الزخار» (٥ / ٣٥)، «شرائع الإسلام» (١ / ٣٣٧).

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في «المصنف»، وأبو داود في «المراسيل» (رقم ٣٩٦)، وأبو عبيد في «الغريب» (٢ / ١٥٥) بسند رجاله ثقات إلى طلحة بن عبدالله بن عوف، عن النبي ﷺ: «لا شهادة لخصم ولا ظنين» لفظ أبي داود، ولفظ أبي عبيد: «لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين»؛ وهو مرسل، فهو ضعيف.

وأخرج أبو داود في «المراسيل» أيضاً (رقم ٣٩٧) من مرسل الأعرج: «لا تجوز شهادة ذي الظنة والإحنة والجنة».

ويشهد له ما أخرجه أحمد في «المسند» (٢ / ١٨١، ٢٠٤، ٢٠٨، ٢٢٥)، وأبو داود في «السنن» (٤ / ٢٤ / رقم ٢٦٠٠)، وابن ماجه في «السنن» (٢ / ٧٩٢ / رقم ٢٣٦٦)، وعبدالرزاق في =

ولأنه معلوم من طباع الناس أن الأب يحب نفع ابنه، وإيصال النفع، ودفع الضرر عنه، ويؤثر ذٰلك على نفسه؛ حتى إنه ربما دعاه أن يشهد له بالزور، ويركب في أمره كل محظور، فيوصله إلى النفع الذي يبغي وصوله إليه، أو يخلصه من الضرر الذي يريد دفعه عنه، وقد نبه الله تعالى على ذٰلك بقوله: ﴿أَنَّمَآ أَمْوَٰلُكُمْ وَأَوْلَٰدُكُمْ فِتْنَةٌ﴾ [الأنفال: ٢٨].

وقال ﷺ: «فاطمة بضعة مني يريبني ما يريبها»[١].

وإذا ثبت ذٰلك؛ ثبتت التهمة فيه، فكانت كشهادته لنفسه[٢].

= «المصنف» (رقم ١٥٣٦٤)، والدارقطني في «السنن» (٤ / ٢٤٣)، وابن جميع في «معجم الشيوخ» (ص ١٠٨)، وابن مردويه في «ثلاثة مجالس من أماليه» (رقم ٢٨)، والبيهقي في «الكبرى» (١٠ / ١٥٥)، من طرق، عن عبدالله بن عمرو مرفوعاً: «لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة، ولا ذي غمر على أخيه، ولا موقوف على حد» وبعضها طرقه حسنة، وقواه ابن حجر في «التلخيص الحبير»، وفي الباب عن أبي هريرة عند البيهقي في «الكبرى» (١٠ / ٢٠١)، وبعضهم أرسله كما في «الغيلانيات» (رقم ٥٩٩)، وعن عائشة كما عند أبي عبيد، ـ ومن طريقه البغوي في «التفسير» (١ / ٤١٠ ـ ط دار الفكر)، وابن عساكر في «تاريخ دمشق» (١٨ / ق ٢٨٢ ـ ٢٨٣) ـ، والترمذي في «الجامع» (٢٢٩٨)، وفيه يزيد بن زياد الشامي متروك، فإسناده ضعيف جداً.

انظر: «التلخيص الحبير» (٤ / ١٩٨)، و«ذو الغمرة»: الذي بينه وبين المشهود عليه عداوة ظاهرة؛ فرد شهادته للتهمة؛ فهو بمعنى «خصم» في الحديث الذي أورده المصنف، و«القانع» الخادم والتابع، والمنقطع إلى القوم لخدمتهم، ويكون في حوائجهم؛ كالأجير والوكيل ونحوه، ومعنى رد هٰذه الشهادة التهمة في جر النفع إلى نفسه؛ لأن التابع لأهل البيت ينتفع بما يصير إليهم من نفع، وكل من جر إلى نفسه بشهادة نفعاً؛ فهي مردودة، وهٰذا يشهد لكلمة «ظنين» في الحديث السابق.

وانظر: «نصب الراية» (٤ / ٨٣)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ٥٤٧ ـ ٥٤٨).

(١) أخرجه البخاري في «صحيحه» (كتاب فضائل الصحابة، باب مناقب فاطمة، رقم ٣٧٦٧)، ومسلم في «صحيحه» (كتاب فضائل الصحابة، باب مناقب فاطمة، رقم ٢٤٤٩) عن المسور بن مخرمة ضمن حديث طويل، في آخره عن فاطمة: «فإنما ابنتي بضعة مني؛ يريبني ما رابها، ويؤذيني ما آذاها».

(٢) القول باعتبار الولاد مانعاً من قبول شهادة الشاهد قول راجع لقوة دليله، ولأن العدالة إنما اشترطت في الشاهد، ليترجح جانب الصدق فيما يخبر به على جانب الكذب، والتهمة متمكنة في شهادة =

مسألة ١٨٢٦

لا تقبل شهادة أحد الزوجين للآخر[(١)]؛ خلافاً للشافعي[(٢)].

= عمودي النسب لبعضهم، وتلك التهمة ترجح جانب الكذب على جانب الصدق، بحيث لا يطمئن القاضي إلى الحكم الذي يصدره بناء على تلك الشهادة.

وتحقق شرط العدالة في الشاهد ليس كافياً للحكم بمقتضى تلك الشهادة، بل يجب أن توضع الطبائع البشرية موضع الاعتبار، والإنسان وإن كان مبرزاً في العدالة فهو عرضة للتأثر بما يحيط به، فقد يضعف الوازع الديني عنده فيقدم على الشهادة لولده أو لوالده، ولو لم يكن قاطعاً بصدقه في ذلك حرصاً منه على جلب النفع للمشهود له أو دفع الضرر عنه.

ومما يؤكد قوة ميل الإنسان إلى أولاده وإقدامه على ارتكاب بعض المحرمات في سبيلهم قوله تعالى: ﴿أَنَّمَآ أَمْوَٰلُكُمْ وَأَوْلَـٰدُكُمْ فِتْنَةٌ﴾ [الأنفال: ٢٨]، وقوله تعالى: ﴿إِنَّ مِنْ أَزْوَٰجِكُمْ وَأَوْلَـٰدِكُمْ عَدُوًّا لَّكُمْ فَٱحْذَرُوهُمْ﴾ [التغابن: ١٤].

ويجاب على ما احتج به القائلون بقبول شهادة الأصول والفروع لبعضهم؛ أن الآيات والأحاديث الواردة في الشهادة عامة، خصصتها الأحاديث الدالة على عدم قبول شهادة المتهم.

وأما ما أخرج عبدالرزاق في «المصنف» (٨ / ٣٤٣ رقم ١٥٤٧١) عن عمر؛ قال: «تجوز شهادة الوالد لولده والولد لوالده»؛ فلا تقوم به حجة، إذ قد روي عنه ما يخالفه كما يدل عليه كتابه لأبي موسى، وقد خرجناه في غير هٰذا الموضع.

وأما القول إن مقياس قبول شهادة الشاهد عدالته، فإذا تحققت لم ينظر إلى ما سواها فغير مسلم؛ لأن العدالة وحدها لا تكفي للحكم بقبول الشهادة، وإلا لقبلت شهادة العدل لنفسه ولا قائل به، وشهادة المرء لعمودي نسبه كشهادته لنفسه.

انظر: «النظرية العامة» (٢ / ٥ ـ ٦).

(١) انظر المراجع في المسألة السابقة.

وهٰذا مذهب الحنفية.

انظر: «مختصر الطحاوي» (٣٣٥)، «مختصر القدوري» (١٠٧)، «تحفة الفقهاء» (٣ / ٦٢٥)، «المبسوط» (١٦ / ١٢٢)، «البناية» (٧ / ١٦٦)، «أدب القضاء» (٣٣٣) للسروجي، «الفتاوى الخانية» (٢ / ٤٦١)، «بدائع الصنائع» (٩ / ٤٠٣٧)، «رؤوس المسائل» (٥٣٠)، «جمل الأحكام» (٣٢٧)، «شرح العيني على الكنز» (٢ / ٨٢).

وهٰذا مذهب الحنابلة.

انظر: «المغني» (١٢ / ٦٨ ـ ط المنار)، «الإفصاح» (٤٣٧).

(٢) هٰذا أظهر قول الشافعي.

لقوله ﷺ: «لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين»[١].

والظنين؛ المتهم، وذٰلك موجود في الزوجين في غالب الطباع بدليل الشرع والعادة:

أما الشرع فقوله تعالى: ﴿خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓا۟ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾ [الروم: ٢١]، وأخبر عز وجل أن سبب الزوجية لسكون نفس كل واحد من الزوجين إلى الآخر، وأنه طبعهم على التحاب والتوادد والحن والرأفة، ومثله قوله تعالى: ﴿إِنَّ مِنْ أَزْوَٰجِكُمْ وَأَوْلَٰدِكُمْ عَدُوًّا لَّكُمْ فَٱحْذَرُوهُمْ﴾ [التغابن: ١٤]، فجعل هذين الجنسين غايةً ومثلاً في المحبة والعطف التي لا زيادة فوقها يستطرق وقوع العداوة من مثلها، وذٰلك يدل على قوة التهمة وتأكدها.

وأما العادة فالعلم المتصور في النفوس بأن الإنسان يحب نفع زوجته ويهوى هواها ويكره ضررها، حتى إنه يغضب لها أهله وأقاربه، وينتفع بمالها وينبسط فيه ويتجمل[٢] به، وإذا صح ذٰلك كانت هٰذه التهمة مانعة من قبول شهادة أحدهما للآخر؛ كالأب والابن، وتحريره قياساً أن يقال لأنها شهادة تقوى التهمة فيها، وأسبابها من الشاهد والمشهود له، فكانت مردودة؛ أصله شهادة الأب لابنه.

ولأنها شهادة يَجُرُّ بها[٣] الشاهد نفعاً إلى نفسه؛ فلم تقبل كشهادته لغريمه

= انظر: «مختصر المزني» (٣١٠)، «المهذب» (٢ / ٣٣١)، «حلية العلماء» (٨ / ٢٦١)، «الوجيز» (٢ / ٢٥٠)، «روضة الطالبين» (١١ / ٢٣٧)، «المنهاج» (١٥٢)، «مغني المحتاج» (٤ / ٤٣٤)، «تحفة المحتاج» (٤ / ٣١٧)، «فتح الوهاب» (٢ / ٢٢١)، «أدب القاضي» (١ / ٣٠٨ ـ ٣٠٩) لابن القاص.

وقال به أحمد في رواية وأبو ثور وابن حزم.

انظر: «المحلى» (٩ / ٤١٥)، «نيل الأوطار» (٨ / ٢٤٤).

وذهب ابن أبي ليلى والثوري إلى قبول شهادة الزوج لزوجته، لا العكس، أفاده ابن قدامة.

(١) مضى تخريجه.

(٢) في (ط): «ويتحمل» بالحاء المهملة.

(٣) في (ط): «يجريها».

ولنفسه معه[١].

مسألة ١٨٢٧

تقبل شهادة الأخ لأخيه إلا فيما يتهم له فيه؛ من دفع عار، أو ما أشبه ذلك[٢]؛ خلافًا لمن منعها[٣].

لأنه ليس بين الأخوين من الحقوق من قوة التهمة ما يقتضي رد الشهادة؛ فجازت شهادته كالعم.

ولأنها رحم لا يستحق بها الإرث مع الأب كالعم[٤].

---

(١) ما قرره المصنف هو أقرب إلى الصواب، لقوة ما ذكره ووضوحه، إذ التهمة متمكنة في شهادة أحد الزوجين للآخر؛ لأن الرابطة بينهما من أقوى الروابط التي تنشأ بين بني الإنسان، والله أعلم.

(٢) «المدونة» (٤/ ٨٠ ـ ٨١ و٥/ ١٥٤ ـ ط دار صادر) ـ وفيه: «فأما الأخ إذا كان غناه له غنى، وإن أفاد منه شيئًا أصابه منه شيء، أو كان في عياله، فإني لا أرى في شهادته له جائزة، فأما إذا كان منقطعًا لا تناله صلته ولا فائدته، قد استغنى عنه؛ ولا بأس بحاله، رأيت شهادته له جائزة»ـ، «المعونة» (٣/ ١٥٣٢)، «جامع الأمهات» (ص ٤٧١)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣/ ١٤٢)، «الذخيرة» (١٠/ ٢٦٣، ٢٨٢ ـ ٢٨٣)، «تفسير القرطبي» (٥/ ٤١١)، «حاشية الدسوقي» (٤/ ١٦٨ ـ ١٦٩).

(٣) هو قول الأوزاعي.

انظر: «اختلاف الفقهاء» (١/ ٢٢٥)، «مختصر اختلاف العلماء» (٣/ ٣٧٢ رقم ١٥١١) ـ وفيهما: «ولم يقل به غير الأوزاعي».

وقال الجوهري في «نوادر الفقهاء» (٣٠٧ ـ ٣٠٨): «وأجمعوا أنَّ شهادة الأخ لأخيه، والعم لابن الأخ والأخت، إذا لم يكن واحد منهما في عيال الآخر؛ جائز إلا الأوزاعي ـ رضي الله عنه ـ فإنه أبطلها من جميعهم».

وذكر ابن حزم في «المحلى» (٩/ ٤١٥) ذلك عن الأوزاعي وغيره، وهذا نص كلامه: «ورأى الأوزاعي أن لا يقبل الأخ لأخيه، وذكر ذلك الزهري عن المتأخرين من الولاة الذين ردوا الأب لابنه، والابن لأبيه، وأحد الزوجين لصاحبه»، قال: «وأجازه مالك إلا في النسب خاصّة».

وفي «المدونة» (٤/ ٧٩)، عن شريح قال: «لا أجيز شهادة القريب ولا الشريك»؛ والأخ قريب، وبهذا يندفع تفرد الأوزاعي بالقول به.

(٤) ما قرره المصنف هو الراجح، وبه قال جماهير أهل العلم، وغير واحد من السلف.

مسألة ١٨٢٨

لا تقبل شهادة الصديق الملاطف لصديقه إذا كان في بره وصلته[(١)]؛ خلافاً لأبي حنيفة[(٢)] والشافعي[(٣)].

لقوله ﷺ: «لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين»[(٤)].

ولأن التهمة بينهما متقررة في العادة لأنه معلوم أن الإنسان إذا كانت بينه وبين إنسان صداقة ومودة يبره ويصله؛ فإنه يحب جر النفع إليه، ودفع الضرر عنه قياساً؛ فنقول: لأنها تهمة في العادة غالبة متقررة بالطباع في محبة النفع، ودفع الضرر كشهادة الأب والابن.

ولأن التهمة بالصداقة على الوصف الذي ذكرناه في مقابلة التهمة بالعداوة، فلما كانت العداوة مؤثرة في منع الشهادة؛ فكذٰلك الصداقة. هٰذا على الشافعي[(٥)].

= انظر: «مصنف عبدالرزاق» (٨ / ٣٤٣)، «شرح أدب القاضي» (٤ / ٤٠٩ ـ ٤١٠)، «أدب القضاء» (٣١٥)، «البناية» (٧ / ١٧١)، «مجمع الأنهر» (٢ / ٢٠٠)، «تبيين الحقائق» (٤ / ٢٢٣)، «المهذب» (٢ / ٤٢١)، «المغني» (٩ / ١٩٤)، «الإفصاح» (٢ / ٣٦٢).

(١) «المعونة» (٣ / ١٥٣٢)، «جامع الأمهات» (ص ٤٧١ ـ ٤٧٢)، «الذخيرة» (١٠ / ٢٥٩)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣ / ١٤٤).

(٢) «شرح فتح القدير» (٦ / ٣١)، «البحر الرائق» (٧ / ٨٥)، «أدب القضاء» (٣٠٨) للسروجي.

(٣) «المهذب» (٢ / ٣٣٠ ـ ٣٣١)، «حلية العلماء» (٨ / ٢٦٠).

(٤) مضى تخريجه.

(٥) الراجح ما ذهب إليه الجمهور؛ أما تهمة المحاباة: فأمر دعت إليه الضرورة، إذ لو منع من شهادة الصديق لصديقه، لتعذرت الشهادة. نعم؛ لو قامت القرائن واستفاضت بحيث ترجح جانب المحاباة، فمنع شهادة الأب لابنه والزوج لزوجه معلول ومعقول، ويقوى المنع بقوّة البر والصِّلة، وهٰذا يرجع إلى تقدير القاضي. والله المستعان.

(تفريع): للمعنى المذكور؛ ذهب الحنفية إلى أنه لا تقبل شهادة الأشراف لبعضهم، قالوا: لأنهم قوم يتعصّبون، فإذا نابت أحداً منهم نائبة؛ أتى سيد قومه فيشفع له، فلا يؤمن أن يشهد له بزور.

انظر: «روضة القضاة» (١ / ٢٢٦)، «أدب القضاء» (٣١٥)، «شرح أدب القاضي» (٣ / ٢٠)، «البحر الرائق» (٧ / ٩٠).

مسألة ١٨٢٩

لا تقبل شهادة عدو على عدوه[(١)]، خلافاً لأبي حنيفة[(٢)].

لقول النبي ﷺ: «لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين»، وروي: «ولا ذي غمر على أخيه»، ويروى: «لا تقبل شهادة ذي الظنة ولا الإحنة»[(٣)].

ولأن التهمة بينهما غالباً في الطباع، فكانت مؤثرة في رد الشهادة كالتهمة بين الأب والابن[(٤)].

---

(١) «التفريع» (٢ / ٢٣٥)، «الكافي» (٤٦٢)، «المعونة» (٣ / ١٥٣٣)، «أسهل المدارك» (٣ / ٢١٣)، «مواهب الجليل» (٦ / ١٥٩)، «بداية المجتهد» (٢ / ٤٦٤)، «جامع الأمهات» (ص ٤٧٢)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣ / ١٤٥)، «الذخيرة» (١٠ / ٢٦٦)، «حاشية الدسوقي» (٤ / ١٧١)، «تبصرة الحكام» (١ / ٢٢٥)، «تفسير القرطبي» (٤ / ١٨١ و٥ / ٤٦١ و٦ / ١٠٩ ـ ١١٠).
وهٰذا مذهب الشافعية.
انظر: «روضة الطالبين» (١١ / ٢٣٧)، «الحاوي الكبير» (١٦ / ١٦١ ـ ط دار الكتب العلمية)، «مغني المحتاج» (٤ / ٤٣٥)، «نهاية المحتاج» (٨ / ١٣٥)، «فتح الوهاب» (٢ / ٢٢١)، «أدب القاضي» (١ / ٣١٠) لابن القاص.
ومذهب الحنابلة.
انظر: «المغني» (١٤ / ١٧٤)، «الإنصاف» (١٢ / ٧٤)، «منتهى الإرادات» (٣ / ٥٩٨)، «كشاف القناع» (٦ / ٤٣١)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ٥٤٧).
وذهب إلى هٰذا بعض المتأخرين من الحنفية.
انظر: «تبيين الحقائق» (٤ / ٢٢١)، «درر الحكام» (٢ / ٣٨٠).

(٢) «مختصر الطحاوي» (٣٣٢)، «فتح القدير» (٤ / ١٦٦)، «البحر الرائق» (٧ / ٩٤)، «تبيين الحقائق» (٤ / ٢٢١)، «الاختيار» (٢ / ١٤٨)، «اللباب» (٤ / ٦٣)، «المبسوط» (١٦ / ١٣٣)، «درر الحكام» (٢ / ٣٨٠)، «أدب القضاء» (٣٤٦)، «حاشية ابن عابدين» (٤ / ٣٠).

(٣) مضى تخريج هٰذه الألفاظ في التعليق على مسألة (١٨٢٥).

(٤) ما قرره المصنف راجح، لرغبة النفس في النكاية بالأعداء والتشفي منهم، فيترجح جانب الكذب في الشهادة على جانب الصدق، وعدو الشخص هو من يفرح لحزنه، ويحزن لفرحه.
أما العداوة الدينية فلا أثر لها على رد شهادة الشاهد؛ لأنها تدل على قوة دينه وكمال عدالته، ولأن المعاداة قد تكون واجبة، ومما يؤكد ذٰلك: الإجماع على قبول شهادة المسلم على الكافر، مع =

مسألة ١٨٣٠

لا تقبل شهادة البدوي على القروي في الحقوق التي يمكن التوثق فيها بإشهاد الحاضر[(١)]، خلافاً لأبي حنيفة[(٢)] والشافعي[(٣)].

لقوله [ﷺ][(٤)]: «لا تقبل شهادة بدوي على قروي»، وروي: «على صاحب قرية»[(٥)].

= تحقق العداوة الدينية بينهما.
انظر: «تبيين الحقائق» (٤ / ٢٢١)، «أدب القضاء» (٣٤٦)، «النظرية العامة لإثبات موجبات الحدود»(٢ / ٣).

(١) «المعونة» (٣ / ١٥٣٣ ـ ١٥٣٤)، «بداية المجتهد» (٢ / ٤٦٤)، «جامع الأمهات» (ص ٤٧٣)، «تفسير القرطبي» (٣ / ٣٩٥ ـ ٣٩٦ و٥ / ٤١٢ و٨ / ٢٣٢)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣ / ١٥٠)، «الذخيرة» (١٠ / ٢٨٣)، «أسهل المدارك» (٣ / ٢١٤).
وهذا مذهب الحنابلة.
انظر: «المغني» (١٤ / ١٤٩ ـ ١٥٠)، «الإنصاف» (١٢ / ٦٤)، «منتهى الإرادات» (٣ / ٥٩٤)، «كشاف القناع» (٦ / ٤٢٧).

(٢) «فتح القدير» (٦ / ٤٠)، «أحكام القرآن» (١ / ٥٠٠)، «مختصر اختلاف العلماء» (٣ / ٣٣٨ رقم ١٤٦٩).

(٣) «مختصر المزني» (٣١١)، «الإقناع» (٢٠٣)، «روضة الطالبين» (١١ / ٢٤٥)، «الحاوي الكبير» (١٦ / ٢١٢ ـ ط دار الكتب العلمية)، «حلية العلماء» (٨ / ٢٥٣).

(٤) ما بين المعقوفتين سقط من الأصل.

(٥) أخرجه أبو داود (رقم ٣٦٠٢)، وابن ماجه (رقم ٢٣٦٧)، والدارقطني (٤ / ٢١٩)، والبيهقي (١٠ / ٢٥٠) في «سننهم»، والحاكم في «المستدرك» (٤ / ٩٩)، وأبو يعلى في «مسنده» (٦٤٤٤)، والطحاوي في «مشكل الآثار» (٤ / ١٦٧)؛ من حديث أبي هريرة بألفاظ؛ منها:
«لا تجوز شهادة بدوي على صاحب قرية» لفظ أبي داود وابن ماجه.
وفي لفظ الدارقطني: «لا تقبل شهادة البدوي على القروي» وفي آخر: «لا تجوز شهادة بدوي على صاحب قرية».
وإسناد الحديث صحيح، وصححه المنذري على شرط مسلم بقوله: «رجال إسناده احتج بهم مسلم في «صحيحه»».
انظر: «مختصر سنن أبي داود» (٥ / ٢١٩)، وجوّده محمد بن عبدالهادي في «تنقيح التحقيق» (٣ / ٥٤٩).

ولأن التهمة تقوى في هٰذه الشهادة لأن الناس لا يتركون التوثق بإشهاد جيرانهم وأهل بلادهم، ويشهدون الأباعد وأهل البلد؛ إلا لريبة يعلمون معها أن الشهود من أهل الحضر لا يشهدون في ذٰلك الشيء، فيعدلون إلى من لا يعرفه[١].

مسألة ١٨٣١

لا تقبل شهادة ولد الزنا في الزنا وشبهه[٢]، خلافاً لأبي حنيفة[٣] والشافعي[٤].

لقوله ﷺ: «ولا ظنين»[٥]؛ والظنة ها هنا موجودة؛ لأنه يحب أن يكون غيره مشاركاً له في المعرة، لئلا ينفرد بها؛ هذه قضية العادة وما جبلت عليه الطباع؛ أن كل من حصل في معرة لازمة أحب أن يكون غيره مثله، ويود أنه لا يبقى أحد إلا صار في مثل حاله، وقد نبه الله تعالى على ذٰلك بقوله: ﴿وَلَن يَنفَعَكُمُ ٱلْيَوْمَ إِذ ظَّلَمْتُمْ أَنَّكُمْ فِى ٱلْعَذَابِ مُشْتَرِكُونَ﴾ [الزخرف: ٣٩].

---

(١) ما قرره المصنف قوي، وعليه الدليل، والله أعلم.

(٢) «المعونة» (٣ / ١٥٣٤)، «التفريع» (٢ / ٥٣٦)، «الكافي» (٤٦٢)، «جامع الأمهات» (ص ٤٧٢)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣ / ١٤٨)، «الذخيرة» (١٠ / ٢٨٦)، «العقد المنظم» (٢ / ٢١٢).
ونقل ابن حزم في «المحلى» (٩ / ٤٣٠)، عن نافع عدم قبول شهادة ولد الزنا مطلقاً، ونسب هٰذا إلى الليث بن سعد.
انظر: «المحلى» (٩ / ٤٣٠) ـ وفيه: «وهٰذا فرق لا نعرفه عن أحد قبلهما» ـ، وجعله الجوهري في «نوادر الفقهاء» (٣٠٩ ـ ٣١٠) من نوادر مالك.

(٣) «اختلاف الفقهاء» (١ / ٢٣٠) للطحاوي، «فتح القدير» (٦ / ٤٦)، «مختصر اختلاف العلماء» (٣ / ٣٧٨ رقم ١٥٢٠)، «روضة القضاة» (١ / ٢٥٤)، «شرح أدب القاضي» (٤ / ٤٢٥)، «أدب القضاء» (٣٠٣ ـ ٣٠٤)، «مجمع الأنهر» (٢ / ٢٠٢)، «البناية» (٧ / ١٨٩ ـ ١٩٠).

(٤) «مختصر المزني» (٣١١)، «الإقناع» (٢٠٣)، «روضة الطالبين» (١١ / ٢٥٤)، «حلية العلماء» (٨ / ٢٥٣).
وهٰذا مذهب الحنابلة.
انظر: «المغني» (٩ / ١٩٦)، «الإفصاح» (٢ / ٣٦٣).

(٥) مضى تخريجه.

فمفهومه أن ما يعتقدونه كون الاشتراك[١] في البلية يتم [به] السلوى؛ لا يحصل لكم في العذاب.

وروي عن عثمان رضي الله عنه: أنه قال: «ودت الزانية أن النساء زنين»[٢]؛ فأخبر أن التهمة بذلك غالبة في الطباع، فصح ما قلناه[٣].

مسألة ١٨٣٢

إذا شهد العبد بشهادة حال رِقِّه والكافر قبل إسلامه والصبي قبل بلوغه، فـرُدَّت؛ ثـم أدَّاهـا بعـد زوال المـوانـع لـم تقبـل[٤]، خـلافـاً لأبـي حنيفـة[٥]

---

(١) في الأصل والمطبوع: «عن الاشتراك»، وفي (ط): «ممن الاشتراك»، وفي هامش الأصل: لعل العبارة «يعتقدون كون».

(٢) ذكره المصنف في «المعونة» (٣ / ١٥٣٥)، والقرافي في «الذخيرة» (١٠ / ٢٨٦)، وابن قدامة في «المغني» (٩ / ١٩٦)، وشكّك في صحة نسبته إليه.

(٣) الراجح ما ذهب إليه جماهير العلماء.

وقال به عدا أبا حنيفة والشافعي: أحمد وإسحاق والحسن والشعبي وعطاء بن أبي رباح والزهري وروي عن ابن عباس؛ قاله ابن حزم في «المحلى» (٩ / ٤٣٠)، وزاد ابن قدامة في «المغني» (٩ / ١٩٦) نسبته إلى أبي عبيد وأصحاب أبي حنيفة، وأفاد أنه اختيار ابن المنذر، ونقل عنه رده على المالكية، قال في الرد على ما ذكره المصنف:

«وما احتجوا به غلط من وجوه:

أحدها: أنّ ولد الزنا لم يفعل فعلاً قبيحاً ويحبّ أن يكون له فيه نظراء، ثم إن الزاني لو تاب لقبلت شهادته، وهو الذي فعل الفعل القبيح، فإذا قبلت شهادته مع ما ذكروه؛ فغيره أولى. فإنه لا يجوز أن يلزم ولده من وزره أكثر مما لزمه، وما يتعدى الحكم إلى غيره من غير أن يثبت فيه، مع أن ولده لا يلزمه شيء من وزره؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ [الأنعام: ١٦٤]، وولد الزنا لم يفعل شيئاً يستوجب به حكماً».

وهٰذا ما رجحه ابن حزم في «المحلى» (٩ / ٤٣٠)، واستدل له بقوله تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوٓا۟ ءَابَآءَهُمْ فَإِخْوَٰنُكُمْ فِى ٱلدِّينِ وَمَوَٰلِيكُمْ﴾ [الأحزاب: ٥]، قال: «وإذا كانوا إخواننا في الدين؛ فلهم ما لنا، وعليهم ما علينا».

(٤) «المدونة» (٥ / ١٥٤ ـ ط دار صادر)، «المعونة» (٣ / ١٥٣٥).

(٥) «الأم» (٧ / ٤١، ٤٣)، «مختصر الطحاوي» (٣٣٣)، «أحكام القرآن» (١ / ٥١١)، «مختصر =

والشافعي[١].

لقوله ﷺ: «ولا ظنين»[٢]؛ وهؤلاء متهمون أن يحبّوا تنفيذ شهاداتهم التي ردَّت.

ولأنه موصوف بنقص يؤثر في منع الشهادة كالفاسق إذا أعاد شهادته بعد التوبة[٣].

مسألة ١٨٣٣

الشهادة على الشهادة تقبل في الجملة[٤]، خلافاً لداود[٥].

لقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢]، وقوله: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا

= اختلاف العلماء» (٣ / ٣٤٥ رقم ١٤٧٥)، «المبسوط» (١٦ / ١٣٧)، «أدب القضاء» للسروجي (٣٤٦، ٣٤٩)، «البناية» (٧ / ١٦٥، ١٦٦).

(١) «مختصر المزني» (٣١١)، «الإقناع» (٢٠١)، «روضة الطالبين» (١١ / ٢٤٨)، «أدب القاضي» (١ / ٣١٢) لابن القاص، «مغني المحتاج» (٤ / ٥٤٥).
وهٰذا مذهب أبي ثور، انظر: «فقهه» (ص ٧٥٧).

(٢) مضى تخريجه.

(٣) عدم قبول شهادة من رُدّت شهادته لفسق ثم شهد بها ثانياً صحيح، وبه قال الشافعية والحنفية؛ لأنا قد حكمنا بإبطال شهادة الفاسق، فلا يُختبر حاله بعد الحكم، وأما شهادة الصبي والمملوك والكافر؛ فاستماعها تكلف، أي: لم يجرِ على شهادتهم حكم بإبطالها كما جرى على شهادة الفاسق.

(٤) «المعونة» (٣ / ١٥٥٨) ـ وفيه: «وهو قول كافة الفقهاء إلا ما حكي عنه منعها» ـ، «المدونة» (٤ / ٨٣)، «التفريع» (٢ / ٢٤٠)، «الكافي» (٤٦٦)، «جامع الأمهات» (ص ٤٧٠)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣ / ١٧٣)، «الذخيرة» (١٠ / ٢٨٩)، «حاشية الدسوقي» (٤ / ٢٠٥)، «تبصرة الحكام» (١ / ٣٥٣).

(٥) نقل الشاشي في «حلية العلماء» (٨ / ٢٩٦) عن الشعبي قوله: «لا يسمع شهادة شاهدي الفرع إلا بموت شهود الأصل لا غير».
وذهب ابن حزم في «المحلى» (٩ / ٤٣٨ ـ ٤٣٩) إلى جواز الشهادة على الشهادة؛ وقال: «لم نجد لمن منع من قبول الشهادة على شهادة الحاضر حجة أصلاً لا من قرآن ولا من سنة، ولا قول أحد من السلف، ولا قياس ومعقول».

﴿شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢]؛ فعمّ كل أمر يصح الإشهاد عليه.

وروي عن علي رضي الله عنه: أنه أجاز الشهادة على الشهادة[١]، ولم يخالفه أحد.

ولأنه نقل طريقته الأمانة كالشهادة على الإقرار[٢].

مسألة ١٨٣٤

تجوز الشهادة على الشهادة في كل الأحكام من حقوق الله عز وجل، وحقوق الآدميين، والقصاص والحدود[٣]، خلافاً لأبي حنيفة[٤]، ولأحد قولي الشافعي[٥].

---

(١) أورد صاحب «الهداية» عن علي قوله: «لا تجوز على شهادة رجل، إلا شهادة رجلين».
ولم يقف عليه الزيلعي في «نصب الراية» (٤ / ٨٧) فقال: «غريب»، وهذا اصطلاحه فيما لم يظفر به، وصرح ابن حجر في «الدراية»، واللكنوي في تعليقاته على «الهداية» (٥ / ٤٦٥): أنهما لم يجداه، وأوردوا ما أخرجه عبدالرزاق (٨ / ٣٣٩ رقم ١٥٤٥٠)، بسند مسلسل بالضعفاء والمتروكين والمجاهيل، عن علي قال: «لا تجوز على شهادة الميت إلا رجلان»، فيه حسين بن ضميرة؛ متروك، واتُّهم، وأبوه وجده مجهولان، وشيخ عبدالرزاق: إبراهيم بن محمد بن أبي يحيى الأسلمي؛ متروك.
ثم وجدت ابن حزم يقول في «المحلى» (٩ / ٤٣٩): «فروينا عن علي من طريق ابن ضميرة ـ وهو مطرح ـ: أنه لا يقبل على شهادة واحد إلا اثنان».
وفي الأصل والمطبوع: «علي عليه السلام»!!

(٢) ما قرره المصنف هو الراجح، وهو قول عامة الفقهاء، على اختلاف بينهم في التفصيلات والتفريعات، والله هو الهادي للخيرات.

(٣) «المدونة» (٤ / ٨٣)، «التفريع» (٢ / ٢٤٠)، «الكافي» (٤٦٦)، «المعونة» (٣ / ١٥٥٩)، «جامع الأمهات» (ص ٤٧٨)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣ / ١٧٣)، «الذخيرة» (١٠ / ٢٨٩)، «حاشية الدسوقي» (٤ / ٢٠٥)، «تبصرة الحكام» (١ / ٣٥٣).

(٤) «مختصر الطحاوي» (٣٣٣)، «مختصر اختلاف العلماء» (٣ / ٣٦ رقم ١٤٩٥)، «المبسوط» (١٦ / ١١٥)، «اللباب» (٤ / ٨٦)، «تبيين الحقائق» (٣ / ٣٩٠)، «البحر الرائق» (٧ / ١٣١)، «بدائع الصنائع» (٦ / ٢٨١)، «شرح العيني على الكنز» (٢ / ٨٧)، «معين الحكام» (١١٠)، «حاشية ابن عابدين» (٤ / ٣٤)، «أدب القضاء» للسروجي (ص ٣٢١).

(٥) «الأم» (٦ / ٢٣٢)، «مختصر المزني» (٣١١)، «الإقناع» (٢٠٣)، «حلية العلماء» (٨ / ٢٩٥)، «أدب القاضي» (١ / ٣١٦، ٣٢٠) لابن القاص.

لأن كل حكم جاز أن يثبت بالشهادة جاز أن يثبت بالشهادة على الشهادة؛ أصله الأموال كالنكاح والطلاق[1].

---

(١) الراجح عدم قبول الشهادة على الشهادة في الحدود الخالصة، إلا في السرقة، فتقبل لإثبات المال ـ وقال به أبو حنيفة وأحمد والشافعي في القول الآخر ـ، لأن المراد بالشهادة على الشهادة إبقاء الدليل المثبت للحق قائماً ليتوصل به إلى إثباته، وهٰذا إن كان مقبولاً في حقوق الآدميين فإنه لا يقبل في حدود الله الخالصة، إذ أن مبناها على الدرء والإسقاط، ولأنها إنما تقبل للحاجة، ولا حاجة إلى إثبات الحد، لأن ستر صاحبه أولى من الشهادة عليه، ولأن الحدود تدرأ بالشبهات، والشهادة على الشهادة لا تخلو من الشبهة، ولهٰذا لا تقبل فيها شهادة النساء لتمكن الشبهة في شهادتهن، بسبب السهو والغفلة، بل أولى، إذ الشبهة في الشهادة على الشهادة، أكثر احتمالاً منها في شهادة النساء، لأن الشهادة على الشهادة بدل حقيقة، ولذا لا يحكم بها إلا عند تعذر شهادة الأصول.

أما شهادة النساء ففيها صورة البدلية لا حقيقتها، ولكونها ليست بدل حقيقة جاز العمل بها مع القدرة على شهادة الرجال.

ولأننا نعلم يقيناً أن شهود الفرع، لم يعاينوا ارتكاب المشهود عليه، السبب الموجب للحدّ، وليس كذٰلك بالنسبة للنساء فكانت شهادتهنّ أقوى من شهادة الفروع، وعدم العمل بالأقوى يستلزم ضرورة عدم الأخذ بما هو أضعف منه.

ولأن رجوع شهود الأصل أمر محتمل، وهٰذا الاحتمال شبهة، والحدود لا تثبت بدليل فيه شبهة، وفضلاً عن ذٰلك، فإن قبول الشهادة على الشهادة وخاصة في حدّ الزنى يفتح مجالاً فسيحاً للذين يريدون النكاية بغيرهم، وهم في مأمن من العقاب، لإدراكهم أن الشاهد على الشاهد لا يجب عليه حدّ القذف، لأنه لم يقذف المشهود عليه، وإنما نقل كلام شهود الأصل، ولا يصح قياس الحدود على سائر حقوق الآدميين لأن تلك الحقوق يحتال في إثباتها حفظاً لحق الآدمي الذي هو محتاج إليه، والحدود بخلاف ذٰلك، فيكون القياس قياساً مع الفارق.

ومن شرط القياس اتحاد المقيس والمقيس عليه في العلة، ولا نسلم أن شهادة الفرع كشهادة الأصل، لأن شبهة الكذب وعدم ضبط الواقعة والنسيان في الشهادة متصور ممن عاينوا المشهود به، وعلموا به أنفسهم، فمن البديهي أن وقوع هٰذه الأمور أكثر تصوراً في الشهادة على الشهادة، إذ الأقوال تتعرض للتبديل والزيادة والنقص عند انتقالها من شخص لآخر.

وأما قبول الشهادة على الشهادة لإثبات حدّ القذف فجدير بأن يؤخذ به، وخاصة في هٰذا العصر الذي نعيش فيه، إذ الكثيرون لا يتورعون عن نسبة الفاحشة إلى من يعرفون، ومن لا يعرفون، ويتفوهون بألفاظ تقشعر الجلود من فظاعتها.

وقد لا يتمكن شهود الأصل لأي سبب من الأسباب من أداء الشهادة، فيضيع حق المقذوف، وينجو=

مسألة ١٨٣٥

إذا زكّى شهود الفرع شهود الأصل ولم يسموهم للقاضي؛ فإنه لا تقبل الشهادة على شهادتهم[(١)]، خلافاً لمن قال: تقبل[(٢)]؛ لأنهم إذا لم يسموهم أمكن أن يكونوا فسقة عند القاضي أو ممن لا تجوز شهادتهم في ذلك الشيء؛ كالعدو والصديق، ولأن القاضي لا يقبل إلا شهادة من يمكن الخصم من جرحهم، وذلك لا يمكن إلا مع التسمية، ولهذا ما وجب عندنا أن تسمى الشهود في السجلات.

مسألة ١٨٣٦

إذا شهد اثنان على كل واحد من شاهدي الأصل جازت شهادتهما[(٣)]. وقال عبدالملك: لا تقبل على شهادة كل واحد إلا اثنان آخران[(٤)]، وهو أحد قولي الشافعي[(٥)].

= أولئك المستهترون من العقاب الرادع، ولأن حدّ القذف حق لآدمي، أو حقه فيه غالب، فتقبل فيه الشهادة على الشهادة كسائر حقوق الآدميين.
وانظر: «النظرية العامة» (٢ / ١٣٨ ـ ١٤٠).

(١) «عقد الجواهر الثمينة» (٣ / ١٧٤)، «الذخيرة» (١٠ / ٢٨٩)، «جامع الأمهات» (ص ٤٧٠).

(٢) هو قول ابن جرير الطبري، نقله عنه الشاشي في «حلية العلماء» (٨ / ٣٠١) فقال: «إذا قالا: حرين، ذكرين، عدلين؛ جاز وإنْ لم يسمياهما».
وانظر: «مختصر اختلاف العلماء»(٣ / ٣٦٢ ـ ٣٦٣).

(٣) «المدونة» (٤ / ٨٣)، «التفريع» (٢ / ٢٤٠)، «الكافي» (٤٦٦ ـ ٤٦٧)، «المعونة» (٣ / ١٥٥٩)، «جامع الأمهات» (ص ٤٧٨)، «القوانين الفقهية» (ص ٣٤٠)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣ / ١٧٤)، «الذخيرة» (١٠ / ٢٩٠)، «الخرشي» (٧ / ٢١٩).

(٤) المراجع السابقة.

(٥) «الأم» (٦ / ٢٣٢)، «مختصر المزني» (٣١١ ـ ٣١٢) ـ وفيه: «قال الشافعي: ولو شهد رجلان على شهادة رجلين؛ فقد رأيتُ كثيراً من الحكام والمفتين يجيزونه. قال المزني: وخرجه على قولين، وقطع في موضعٍ آخر بأنه لا تجوز شهادتهما إلا على واحد ممن شهدا عليه، وأمره بطلب شاهدين على الشاهد الآخر، قال المزني رحمه الله: ومن قطع بشيء كان أولى به من حكايته له» ـ، «الإقناع» (٢٠٣)، «أدب القاضي» (١ / ٣١٩) لابن القاص، «حلية العلماء» (٨ / ٢٩٩)، «مغني المحتاج» (٤ / ٤٥٥)، «أدب القضاء» (٤٠٩) لابن أبي الدم، «روضة الطالبين» (١١/ ٢٩٣ـ٢٩٤).

فدليلنا أنه نقل قول اثنين إلى الحاكم بشهادة شاهدين فيما يثبت بشهادة شاهدين فجاز ذلك، أصله إذا شهد عند الحاكم اثنان على إقرار اثنين بدين، ولأن كل واحد من شهود الأصل قد شهد على شهادته اثنان فأشبه إذا كانا آخرين[١].

مسألة ١٨٣٧

إذا رجع الشهود قبل الحكم لم يحكم بشهادتهم[٢]، وقال أبو ثور[٣] وداود[٤]: يحكم بها ولا يؤثر رجوعهم شيئاً.

فدليلنا أن قبول الشهادة مشروط بغلبة ظن الحاكم على صدقهم ورجوعهم يزيل هذا المعنى، ولأنهم إذا رجعوا بطل الأول وصار الحكم للثاني الذي رجعوا إليه؛ لأن ذلك هو الموجود وقت الحكم، كالحاكم إذا اجتهد في شيء فأداه اجتهاده إلى أمر ما ثم بان له فساده قبل الحكم؛ فإنه يرجع عنه ويحكم بما أداه إليه اجتهاده

---

(١) ما قرره المصنف هو مذهب الحنفية والحنابلة، والمذكور عن الشافعية عدَّه الجوهري في «نوادر الفقهاء» (ص ٣١٣) من انفراداته.
انظر لمذهب الحنفية: «اختلاف الفقهاء» (١ / ٢١٣) للطحاوي، «شرح أدب القاضي» (٤ / ٤٥٦)، «البناية» (٧ / ٢٢٣ ـ ٢٢٤)، «أدب القضاء» للسُّرُوجي (ص ٣٥٣)، «تبيين الحقائق» (٤ / ٢٣٨ ـ ٢٣٩)، «مجمع الأنهر» (٢ / ٢١٢).
وانظر لمذهب الحنابلة: «المغني» (٩ / ٢١٢ ـ ٢١٣)، «الإفصاح» (٢ / ٣٦٤).
وذهب ابن حزم إلى قبول شهادة الواحد، وحكاه ابن القاص عن عثمان البتي وسوّار بن عبدالله، وحكاه ابن حزم عن عمر بن عبدالعزيز وإبراهيم النخعي وشريح والزهري ويزيد بن أبي حبيب، قال: «وهو قول الحسن البصري، وابن أبي ليلى، وسفيان الثوري، والليث بن سعد، وعثمان البتي، وأحمد بن حنبل، وإسحاق بن راهويه».
وانظر: «اختلاف العلماء» (٢٨٤).

(٢) «المدونة» (٤ / ٤٢١)، «التفريع» (٢ / ٢٤٠)، «الكافي» (٤٧٦)، «المعونة» (٣ / ١٥٦٠)، «جامع الأمهات» (ص ٤٧٨)، «القوانين الفقهية» (٣١٣)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣ / ١٧٧)، «الذخيرة» (١٠ / ٢٩٥)، «الخرشي» (٧ / ٢٢٠) مع «حاشية العدوي» عليه، «حاشية الدسوقي» (٤ / ٢٠٧)، «الفواكه الدواني» (٢ / ٢٤٩).

(٣) «المغني» (٩ / ٢٤٥)، «حلية العلماء» (٨ / ٣١٢)، «بدائع الصنائع» (٦ / ٢٨٨).

(٤) «المحلى» (٩ / ٤٢٩).

في الثاني[١].

مسألة ١٨٣٨

إذا رجعوا بعد أن حكم بشهادتهم فلا ينقض الحكم[٢]، خلافاً لمن قال: ينقض[٣]؛ لأنه يحتمل أن يكونوا صادقين في ذلك الوقت، ويحتمل كذبهم؛ فاستوى الحالان، للأول مزية وهو الحكم به؛ فلم يجز

---

(١) ما قرره المصنف هو الراجح؛ لأن الحاكم لا يعلم أصدق الشهود في الأولى أم الثانية، إذ إن كلاً من الشهادتين في احتمال الصدق والكذب سواء، ولا مرجّح لأحدهما على الآخر، فيمتنع القضاء بشهادتهم، ولأنه برجوعهم لم يعد السبب المثبت للحق قائماً، والله أعلم.
وهذا مذهب الحنفية والشافعية والحنابلة.
انظر: «المبسوط» (١٦ / ١٨٩)، «تبيين الحقائق» (٤ / ٢٢٩)، «البحر الرائق» (٧ / ١٠٣)، «الفتاوى الخانية» (٢ / ٤٧٠)، «الفتاوى الهندية» (٢ / ١٥٥)، «تحفة الفقهاء» (٣ / ٦٦٤)، «بدائع الصنائع» (٩ / ٤٠٧٤)، «أدب القاضي» (٢ / ٣٩٣) لابن القاص، «روضة الطالبين» (١١ / ٢٩٦)، «المجموع» (٢٠ / ٢٩٣)، «نهاية المحتاج» (٨ / ٣١٠)، «منتهى الإرادات» (٣ / ٣٤٩).
وانظر: «النظرية العامة لإثبات موجبات الحدود» (٢ / ٤٣ ـ ٤٤)، «سقوط العقوبات» (٢ / ١٨٩).

(٢) «التفريع» (٢ / ٢٤٠)، «الكافي» (٤٧٦)، «المعونة» (٣ / ١٥٦٠)، «جامع الأمهات» (ص ٤٧٩)، «حاشية الدسوقي» (٤ / ٢٠٦)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣ / ١٧٧)، «الذخيرة» (١٠ / ٢٩٥)، «الخرشي» (٧ / ٢٢١).

(٣) هو قول سعيد بن المسيب والأوزاعي.
انظر: «المغني» (٩ / ٢٤٩)، «حلية العلماء» (٨ / ٣١٣)، «موسوعة فقه سعيد» (٤ / ١٨٩)، «فقه الإمام الأوزاعي» (٢ / ٣٦٦).
وهذا قول لبعض الشافعية. انظر مصادرهم في التعليق الآتي.
ونقله ابن القاص في «أدب القاضي» (٢ / ٣٩٤) عن حماد بن أبي سليمان، وفصل السرخسي في «المبسوط» (١٦ / ١٧٨) في مذهبه فقال: «ينظر إلى حالهما ـ أي الشهود ـ يوم رجعا، فإن كان حالهما أحسن منه يوم شهدا صدقهما القاضي في الرجوع، ورد القضاء وأبطله، وإن كان حالهما يوم رجعا مثل حالهما يوم شهدا أو دون ذلك لم يصدّقهما القاضي ولم يقبل رجوعهما لم يضمنهما شيئاً، وكان القضاء الأول ماضياً»، ونقل الطحاوي في «اختلاف الفقهاء» (٢١٦) هذا التفصيل عنه أيضاً.

نقضه[(١)].

مسألة ١٨٣٩

إذا شهدوا بقتل واحد ثم رجعوا بعد أن استوفى ذٰلك، وقالوا: تعمدنا الكذب؛ ففيها روايتان:

إحداهما: أنهم يقتلون[(٢)]، وهو قول الشافعي[(٣)].

---

(١) ما قرره المصنف هو الصواب، وهو مذهب الجماهير؛ لأن الشاهد في رجوعه متهم في حق المشهود له لجواز أن المشهود عليه قد رشاه بمال أو سواه ليحمله على الرجوع عن شهادته، والتّهمة كما تمنع من قبول الشهادة فكذٰلك تمنع من قبول الرجوع عنها، ولا نسلّم أن السبب المثبت للحق زال برجوع الشهود عن شهادتهم؛ لأن رجوعهم وشهادتهم خبران متعارضان، وكلاهما محتمل للصدق والكذب، وقد ترجح أحدهما بقضاء القاضي، والقضاء لا ينقض إلا بدليل قاطع، وذٰلك منتف؛ فكان السبب المثبت للحق قائماً حتى بعد رجوع الشهود.

وهٰذا مذهب الحنفية على تفصيلات لهم في بعض الجزئيات، تنظر في: «تبيين الحقائق» (٤ / ٢٢٨)، «البحر الرائق» (٧ / ١٠١ ـ ١٠٣)، «بدائع الصنائع» (٩ / ٤٠٦٢)، «الفتاوى الخانية» (٢ / ٤٧٠)، «أدب القضاء» للسُّروجي (٣٢١).

وهٰذا مذهب الشافعية والحنابلة.

انظر ـ غير مأمور ـ: «الأم» (٧ / ٤٩)، «المهذب» (٢ / ٣٥٩)، «مغني المحتاج» (٤ / ٤٥٦)، «نهاية المحتاج» (٨ / ٣١٠)، «أسنى المطالب» (٤ / ٣٨١)، «فتح الوهاب» (٢ / ٢٢٦)، «أدب القاضي» لابن القاص (١ / ٣٩٤)، «المغني» (٩ / ٣٤٧).

(تنبيه): هٰذا الرجوع فيما إذا كان المشهود به مالاً، أما إذا كان حداً؛ فيرى كثير من الفقهاء أنه لا يجوز استيفاء الحد إذا رجع الشهود عن شهادتهم، ولو كان بعد الحكم؛ لأنّ رجوعهم شبهة قوية.

انظر تفصيل المسألة في: «أثر الشبهات في درء الحدود» (١٠٧ ـ ١١٣)، «النظرية العامة لإثبات موجبات الحدود» (٢ / ٤٤ ـ ٤٦)، «سقوط العقوبات» (٢ / ١٨٩).

(٢) «المدونة» (٤ / ٨٣)، «التفريع» (٢ / ٢٤٠)، «الكافي» (٤٦٧)، «المعونة» (٣ / ١٥٦١)، «جامع الأمهات» (ص ٤٧٩)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣ / ١٧٧)، «الذخيرة» (١٠ / ٢٩٦)، «حاشية الدسوقي» (٤ / ٢٠٧)، «الخرشي» (٧ / ٢٢٠)، «الفواكه الدواني» (٢ / ٢٤٩).

(٣) «الأم» (٧ / ١٦٨)، «مختصر المزني» (٣١٢)، «المهذب» (٢ / ٣٤٢ ـ ٣٤٣)، «حلية العلماء» (٨ / ٣١٤)، «روضة الطالبين» (١١ / ٢٩٦)، «أدب القاضي» (٢ / ٣٩٦ ـ ٣٩٧) لابن القاص، «فتح الوهاب» (٢ / ٢٢٦)، «تحفة المحتاج» (٤ / ٣٣٨)، «مغني المحتاج» (٤ / ٤٥٧)، «نهاية =

والأخرى: لا يقتلون وتلزمهم الدية، وهو قول أبي حنيفة[١].

فوجه القول الأول بأنهم يقتلون: ما روي أن عليًّا عليه السلام جاءه شاهدان فقالا له نشهد أن هذا سرق فقطعه، ثم جاءا بآخر فقالا: غلطنا، إنما هو ذا. فردَّ قولَهما الثاني وقال: لو أعلمكما تعمدتما قطعه لقطَعتُكما»[٢].

ولم نحفظ عن أحد خلافًا عليه، ولأنهما ألجئا الحاكم إلى القتل والقطع فلزمهما القود؛ كالمكره لغيره، ووجه نفيه أن السبب والمباشرة إذا اجتمعا سقط حكم السبب وشهادة الشهود سبب وليست بمباشرة، ولأن الشهادة لا يتعلق بها حكم ما لم ينضم إليها حكم الحاكم فصار وجوب القصاص موقوفًا على حكم الحاكم من غير فعلهما[٣].

= المحتاج» (٨/ ٣١١)، «السراج الوهاج» (٦١٢)، «حاشيتا قليوبي وعميرة» (٢/ ٣٣٢)، «مختصر الخلافيات» (٥/ ١٧٧/ رقم ٣٦٣).

(١) «المبسوط» (١٦/ ١٧٨و١٧/ ٢٢ و٢٦/ ١٨٥)، «مختصر اختلاف العلماء» (٣/ ٣٦٣/ رقم ١٤٩٩)، «اللباب» (٤/ ٧٥)، «تبيين الحقائق» (٤/ ٢٥١)، «بدائع الصنائع» (٩/ ٤٠٦٦، ٤٠٧٥)، «درر الحكام» (٢/ ٣٩٢).

(٢) علقه البخاري في «صحيحه» (كتاب الديات، باب إذا أصاب قوم من رجل هل يعاقب أم يقتص منهم كلهم، فقال، قبل رقم ٦٨٩٦): «وقال مطرف عن الشعبي في رجلين شهدا على رجل أنه سرق، فقطعه علي، ثم جاءا بآخر وقالا: أخطأنا، فأبطل شهادتهما، وأخذا بدية الأول، وقال: «لو علمت أنكما تعمدتما لقطعتكما».
ووصله الشافعي في «الأم» (٧/ ١٦٨) ـ ومن طريقه البيهقي في «السنن الكبرى» (١٠/ ٢٥١)، وابن حجر في «تغليق التعليق» (٥/ ٢٥٠)ـ، وابن المنذر في «الأوسط» (٣/ ق١٢١/ ب)، والدارقطني في «السنن» (٣/ ١٨٢)؛ من طرق عن مطرف، عن الشعبي، به.
وإسناده صحيح.
وأخرجه ابن أبي شيبة في «المصنف» (٩/ ٤٠٨/ رقم ٧٩٤٠ ـ ط الهندية، أو ٦/ ٤٢٥ ـ ط دار الفكر)؛ عن قتادة، عن خلاس، عن علي: أن رجلين أتيا عليًّا. . . بنحوه.
وفيه قتادة، وهو مدلس.

(٣) القول في حال التعمد بالقصاص هو الراجح؛ لأن الشهود حينئذ هم القتلة؛ إذ القاضي ملزم بالحكم بشهادتهم، وقال بهذا الحنابلة وابن شبرمة وابن أبي ليلى والأوزاعي وأبو عبيد، وعليه أثر علي =

مسألة ١٨٤٠

إذا شهدا على رجل أنه طلق بعد الدخول وحكم الحاكم بالفرقة ثم رجعا لم يغرما من المهر شيئًا[١]، وقال الشافعي: يغرمان مهر المثل[٢].

فدليلنا أن المهر كان مستحقًّا على الزوج بالدخول؛ فلم يتلفا عليه شيئًا بشهادتهما، وإنما أخرجا عنه الاستمتاع وخروج البضع من ملك الزوج لا قيمة له بدليل أن المطلق في المرض لا سبيل لورثته عليها، ولو كان لخروج البضع من يد الزوج قيمة لضمنته للورثة ألا ترى أن خروج الرق من ملك الزوج لما كان له قيمة كان من أعتق عبده حال مرضه لزمه أن يخدم ويسعى لأجل الورثة التي ترث السيد واعتبر من الثلث، واعتبارًا بمن له زوجتان كبرى وصغرى فأرضعت الكبرى الصغرى؛ فإنهما يحرمان عليه، ثم لا يرجع على الكبيرة بشيء من مهرها؛ لأنها كانت مستحقة له بالدخول، كذلك هاهنا.

مسألة ١٨٤١

إذا شهدا بالنكاح أو بالطلاق قبل الدخول ثم رجعا غرما نصف المهر[٣]،

= السابق؛ فإنه ـ رضي الله عنه ـ نص بكلامٍ واضح لو علم أن الشاهدين تعمدا الكذب لقطع أيديهما قصاصًا.

انظر: «المغني» (٩/ ٢٤٧)، «حاشية الروض المربع» (٧/ ٦٢٤)، «سقوط العقوبات» (١/ ٢٠٨ ـ ٢١١)، «النظرية العامة» (٢/ ٤٦ ـ ٤٨).

(١) «المدونة» (٤/ ٨٣، ٤٢١)، «التفريع» (٢/ ٢٤٠)، «المعونة» (٣/ ١٥٦٢ ـ ١٥٦٣)، «الكافي» (٤٦٧)، «جامع الأمهات» (ص ٤٨٠)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣/ ١٨٣)، «الذخيرة» (١٠/ ٣٠٨)، «الخرشي» (٧/ ٢٢)، «حاشية الدسوقي» (٤/ ٢٠٧).

(٢) «الأم» (٧/ ٥٠)، «مختصر المزني» (٣١٢)، «المهذب» (٢/ ٣٤٢ ـ ٣٤٣)، «حلية العلماء» (٨/ ٣١٩)، «الحاوي الكبير» (٢١/ ٢٧٣)، «روضة الطالبين» (١١/ ٣٠٠)، «أدب القاضي» (٢/ ٣٩٥، ٣٩٦) لابن القاص.

وهذا مذهب أبي حنيفة.

انظر: «المبسوط» (١٧/ ٤)، «فتح القدير» (٦/ ٥٣٨، ٥٤٥).

(٣) «المدونة» (٤/ ٨٣)، «التفريع» (٢/ ٢٤٠)، «الكافي» (٤٦٧)، «المعونة» (٣/ ١٥٦٣)، جامع

خلافاً للشافعي في قوله: يغرمان الجميع[١]. لأنهما لم يتلفا عليه الجميع لأنه إنما يستحق عليه قبل الدخول إذا طلق النصف؛ فلا يلزمهما غرم ما لم يتلفاه[٢].

مسألة ١٨٤٢

إذا رجعا عن الشهادة بمال بعد الحكم غرما للمشهود عليه[٣]، خلافاً للشافعي[٤]؛ لأنهما أتلفاه عليه بشهادتهما ماله قيمة فلذٰلك غرماه[٥].

مسألة ١٨٤٣

إذا حكم بشهادة من ظاهره العدالة، ثم بان له بعد الحكم فسقهم ببينة لم ينقض الحكم[٦] خلافاً

= الأمهات» (ص ٤٨٠)، «الذخيرة» (١٠ / ٣٠٩)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣ / ١٨٤)، «الخرشي» (٧ / ٢٢)، «حاشية الدسوقي» (٤ / ٢٠٧).

(١) «الأم» (٧ / ٥٠)، «مختصر المزني» (٣١٢)، «المهذب» (٢ / ٣٤٢ ـ ٣٤٣)، «حلية العلماء» (٨ / ٣١٩)، «الحاوي الكبير» (٢١ / ٢٧٣)، «روضة الطالبين» (١١ / ٣٠٠)، «أدب القاضي» (٢ / ٣٩٦) ـ ونقل عنه قولين، وقال عن نصف المهر: أشبه من قول الشافعي ـ.

(٢) ما قرره المصنف قوي وراجح، وهو أصح قولي الشافعي كما قدمناه، والله الموفق.

(٣) «التفريع» (٢ / ٢٤٠)، «الكافي» (٤٧٦)، «المعونة» (٣ / ١٥٦٠)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣ / ١٨٤)، «الذخيرة» (١٠ / ٣٠٩)، «الخرشي» (٧ / ٢٢٠).
وهٰذا قول الحنفية.
انظر: «المبسوط» (١٦ / ١٨٧)، «فتح القدير» (٦ / ٥٣٨).

(٤) هٰذا قوله الجديد، وقوله القديم: يضمن الشهود للمقضيّ عليه قيمة ما قضى به القاضي له.
انظر: «الأم» (٧ / ٥٠)، «مختصر المزني» (٣١٢)، «المهذب» (٢ / ٢٤٢ ـ ٢٤٣)، «روضة الطالبين» (١١ / ٢٩٦)، «أدب القاضي» (٢ / ٣٩٧) لابن القاص، «فتح الوهاب» (٢ / ٢٢٦)، «مغني المحتاج» (٤ / ٤٥٦)، «حلية العلماء» (٨ / ٣٢٠).

(٥) ما قرره المصنف هو الراجح؛ لأن الشهود تسببوا في إخراج المال من يد المشهود عليه، ولا يمكن الرجوع على المشهود له؛ لأنه استحق المال بحجّة شرعية، ولا على القاضي لأنه يجب عليه الحكم بمقتضى شهادتهم، ما دامت شروط الشهادة متحققة فيهم، فلم يبق إلا تضمين الشهود.
انظر: «النظرية العامة لإثبات الحدود» (٢ / ٤٦).

(٦) «التفريع» (٢ / ٢٤٠)، «الكافي» (٤٦٥)، «المعونة» (٣ / ١٥٦٣ ـ ١٥٦٤)، «جامع الأمهات» =

للشافعي[١]؛ لأن العدالة والفسق طريقهما الاجتهاد، وإن انعقد الحكم باجتهاد لم ينقض باجتهاد مثله، وذٰلك بخلاف الحكم بشهادة العبيد والكفار؛ لأن ذٰلك لا اجتهاد فيه لأنه أمر ظاهر؛ فالحكم مع ذٰلك تقصير في اختبار حال الشهود.

مسألة ١٨٤٤

إذا ادعت امرأة لقيطاً قبل قولها على إحدى الروايتين[٢]، خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إنها لا تقبل[٣].

ودليلنا على أن إقرارها يقبل [أنّه] من قبل الإقرار بالولد[٤] فوجب أن يقبل إقرارها بالولد، أصله الرجل، وأيضاً نقول [لما كان] أحد الوالدين[٥] يقبل إقراره في جميع الأموال قبل إقراره في النسب، ولأن ولادة الأم حقيقة ومن جهة الأب مظنونة، ثم ثبت وتقرر أن بإقرار الأب يثبت نسبه، فبإقرار الأم أولى أن يثبت.

= (ص ٤٧٩)، «تبصرة الحكام» (١ / ٢٥)، «التاج والإكليل» (٦ / ١٧٢)، «حاشية الدسوقي» (٤ / ١٧٩)، «الخرشي» (٥ / ١٩٢)، «حاشية البناني» (٧ / ١٧٠).

(١) «مختصر المزني» (٣١٢)، «الحاوي الكبير» (٢١ / ٢٧٠)، «حلية العلماء» (٨ / ٣٢٢)، «الفتاوى الكبرى» للهيثمي (٤ / ٣٤٨).

(٢) «عقد الجواهر الثمينة» (٣ / ٩٣)، «الذخيرة» (٩ / ١٣٥).
وهٰذا مذهب الحنابلة في الصحيح من المذهب، والشافعية في وجه.
انظر: «المغني» (٦ / ٣٩٢ ـ ٣٩٣)، «الإنصاف» (٦ / ٤٥٣ ـ ٤٥٤).

(٣) «الهداية» (٢ / ١٧٣)، «مختصر اختلاف العلماء» (٣ / ٢٢٩ / رقم ١٩٣٦)، «المبسوط» (١٧ / ٢١٠ ـ ٢١١، ٢١٧)، «بدائع الصنائع» (٦ / ١٩٩ ـ ٢٠٠)، «أدب القضاء» (٢٥٢).
وهٰذا هو الأصح عند الشافعية، ورواية عند الحنابلة.
وهنالك قول ثالث في المسألة، وهو: التفريق بين دعوى المرأة ذات الزوج، وبين الخلية؛ فتقبل دعوى الخلية، ويشترط البيّنة في ذات الزوج، وبهٰذا قال الشافعية في وجه، والحنابلة في رواية.
انظر: «المهذب» (١ / ٤٤٤)، «روضة الطالبين» (٥ / ٤٣٨)، «أحكام اللقيط في الفقه الإسلامي» (ص ١٢٨ ـ ١٣٨) لعمر محمد السّبيل.

(٤) في هامش الأصل: «لعل العبارة أنه من قبل الإقرار بالولد فوجب أن يقبل إقراره بالولد».

(٥) في الهامش: «لعل هنا نقص والأصل لما كان إخراج».

مسألة ١٨٤٥

تغلظ الأيمان بالمكان والزمان[1]، وقال أبو حنيفة: لا تغلظ بالمكان[2].

فدليلنا قوله ﷺ: «من حلف عند منبري هٰذا على يمين كاذبة؛ فليتبوء مقعده من النار». قيل: وإن كان شيئاً يسيراً. قال: «ولو كان على سواك من أراك»[3].

---

(١) «الموطأ» (٢ / ٧٢٨)، «المدونة» (٤ / ٧١)، «التفريع» (٢٤٣)، «الرسالة» (٢٤٥)، «المعونة» (٣ / ١٥٨٣)، «جامع الأمهات» (ص ٤٨٤)، «حاشية الدسوقي» (٤ / ٢٢٨).

(٢) «اللباب» (٤ / ٤١)، «المبسوط» (١٦ / ١١٩)، «روضة القضاة» (١ / ٢٨٢)، «بدائع الصنائع» (٦ / ٢٢٨)، «أدب القضاء» (٤٤٥) للسروجي، «البناية» (٧ / ٤٢٦ ـ ٤٢٧، ٤٢٨).

(٣) أقرب ألفاظه: ما أخرجه النسائي في «الكبرى» (٦٠١٩)، والطبراني في «الكبير» (رقم ٧٩٥)، والدولابي في «الكنى» (١ / ١٢ ـ ١٣)؛ عن أبي أمامة بن ثعلبة رفعه بلفظ: «من حلف عند منبري هٰذا بيمينٍ كاذبةٍ يستحلّ بها مال امرىء مسلم؛ فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين، لا يقبل الله منه عدلاً ولا صرفاً».

وإسناده ضعيف.

فيه عبدالله بن عطية والمنيب بن عبدالله بن أمامة، وكلاهما مقبول.

وانظر: «معرفة الصحابة» (١ / ٢٩٢ ـ ٢٩٣) لأبي نعيم، «معجم الصحابة» (١ / ٣٠٨ / رقم ٣٧) مع التعليق عليه؛ فالمحفوظ عنه حديث في الباب بألفاظ أخر.

وأيضاً ما أخرجه أحمد في «المسند» (٢ / ٥١٨)، وابن ماجه في «السنن» (٢٣٢٦)، والحاكم في «المستدرك» (٤ / ٢٩٧)؛ عن أبي هريرة رفعه: «لا يحلف عند هٰذا المنبر عبدٌ ولا أمةٌ على يمين آثمة ولو على سواك رطب؛ إلا وجبت له النار».

وصححه الحاكم على شرط الشيخين، ووافقه الذهبي، وقال البوصيري في «مصباح الزجاجة» (٣١٧): «وإسناد حديث أبي هريرة صحيح، رجاله ثقات».

وفي الباب عن جابر بن عبدالله.

أخرجه ابن أبي شيبة في «المصنف» (٥ / ٢٥٣)، ومالك في «الموطأ» (٢ / ٧٢٧) ـ ومن طريقه الشافعي (١٥٣) وأحمد (٣ / ٣٤٤) وأبو يعلى (١٧٧٦) في «مسانيدهم»، والنسائي في «الكبرى» (٦٠١٨)، وابن حبان في «الصحيح» (٤٣٦٨ ـ «الإحسان»)، والحاكم (٤ / ٢٩٦ ـ ٢٩٧)، والبيهقي (٧ / ٣٩٨ و١٠ / ١٧٦)، والجوهري في «مسند الموطأ» (رقم ٧٣٦) ـ، وأبو داود (٣٢٤٦)، وابن ماجه (٢٣٢٥)، وابن الجارود (٩٢٧)، وابن عبدالبر في «التمهيد» (٢٢ / ٨٥)؛ من طرق عن هاشم بن هاشم، عن عبدالله بن نسطاس، عن جابر رفعه، ولفظ مالك: «من حلف =

مسألة ١٨٤٦

تُغَلَّظ على ربع دينار فما زاد[١]، وقال الشافعي: لا تغلظ إلا في مئتي درهم أو عشرين ديناراً فما زاد[٢]. وقال قوم في القليل والكثير[٣]: فدليلنا أنه لا تغلظ في القليل ما روي أن عبدالرحمٰن بن عوف رأى رجلاً يحلف عند المنبر، فقال: أعلى

= على منبري آثماً تبوأ مقعده من النار».

ولفظ أبي داود: «لا يحلف أحد عند منبري هٰذا على يمينٍ آثمةٍ ولو على سواك أخضر؛ إلا تبوأ مقعده من النار».

وعبدالله بن نسطاس لا يعرف، تفرد عنه هاشم بن هاشم، قاله الذهبي في «الميزان» (٢ / ٥١٥).

وانظر: «الإرواء» (٨ / ٣١٣).

(تنبيه): هاشم بن هاشم هٰذا هو الأصح في اسمه، ووقع اسمه في رواية يحيى ورواية سويد (رقم ٢٨٨ ـ ط دار الغرب): هشام بن هشام، وكذا عند ابن حبان بينما ذكره في «الثقات» (٧ / ٥٨٤) على الجادة، وعلى الجادة أيضاً في «الموطأ» (٢٩٢٨ ـ رواية أبي مصعب، ورقم ٤٨٤ ـ رواية ابن القاسم) وعبدالرحمٰن بن عبدالله في «مسند الموطأ» (ص ٥٥٧).

وكذا وقع في «التمهيد» (٢٢ / ٨٢) ونسخة الزرقاني كما في «شرحه» (٤ / ٢) ـ قال: «ويقال: هشام بن هشام» ـ، وكذا سماه جمع ممن ترجم لشيوخ مالك، منهم: ابن خلفون في «شيوخ مالك» (٢٢٢).

ولحديث جابر طريق آخر عند أحمد (٣ / ٣٧٥) فيها ضعف، بسبب راوٍ مبهم.

وفي الباب غيرهم.

وما قرره المصنف هو الراجح، وعليه الدليل، والله الهادي والموفق.

(١) «الموطأ» (٢ / ٧٢٨)، «التفريع» (٢ / ٢٤٤)، «الكافي» (٤٨٠)، «المعونة» (٣ / ١٥٨٥)، «جامع الأمهات» (ص ٤٨٤)، «حاشية الدسوقي» (٤ / ٢٢٨).

(٢) «الأم» (٧ / ٣٦)، «مختصر المزني» (٣٠٨)، «حلية العلماء» (٨ / ٤٠)، «الحاوي الكبير» (٢١ / ١١٦)، «مغني المحتاج» (٣ / ٣٧٧ و٤ / ٤٧٢ ـ ٤٧٣).

وبعض الحنفية يفرق بين المال العظيم والحقير.

انظر: «شرح أدب القاضي» (٢ / ١١٨)، «البناية» (٧ / ٤٢٧)، «بدائع الصنائع» (٦ / ٢٢٧)، «أدب القاضي» للسروجي (ص ٤٤٧).

(٣) هو قول ابن جرير.

انظر: «حلية العلماء» (٨ / ٢٤٠)، «الحاوي الكبير» (٢١ / ١١٩)، «المغني» (٩ / ٢٢٩).

دم؟ فقالوا: لا. فقال: أعلى عظيم من المال؟ قالوا: لا. قال: لقد خشيت أن يتهاون الناس بهٰذا المكان[١]. فلم ينكر عليه أحد، ودليلنا على أنه تغلظ في ربع دينار أنه مال يثبت له حرمة في الشرع، بدليل أنه يقطع فيه اليد وأقل ما يستباح به البضع؛ كالنصاب في الزكاة.

(فصل)

و[لا] تغلظ بالألفاظ[٢]، خلافاً للشافعي في قوله: تغلظ بزيادة

(١) أخرجه الشافعي في «الأم» (٧ / ٣٦) ـ ومن طريقه البيهقي في «سننه» (١٠ / ١٧٦)، وابن عبدالبر في «التمهيد» (٢٢ / ٨٤ ـ تعليقاً) ـ، وفي آخره: «بهٰذا المقام»، وعندهم: «رأى قوماً يحلفون بين المقام والبيت»، وعند الشافعي والبيهقي: «يبهى الناس» بدل: «يتهاون الناس»، ولذا قال ابن عبدالبر عقبه: «هٰكذا رواه الزعفراني عن الشافعي: «يتهاون الناس»، ورواه المزني والربيع في (كتاب اليمين مع الشاهد) فقالا فيه: «لقد خشيت أن يبهأ الناس بهٰذا المقام»، وهو الصحيح عندهم، ومعنى (يبهأ): يأنس الناس به، يقال: بهأتُ به؛ أي: أنستُ به». وقال: «ومنبر النبي ﷺ في التعظيم مثل ذٰلك؛ لما ورد فيه من الوعيد على من حلف عنده بيمين آثمة تعظيماً له».
قلت: يشير إلى ما ورد في المسألة السابقة.
وفيه عنعنة ابن جريج.
ومسلم بن خالد الزنجي فقيه صدوق كثير الأوهام.
ولٰكن رواه الشافعي عنه وعن القداح، وهو سعيد بن سالم، صدوق يهم، وتتابعهما في الرواية عن ابن جريج يجعل العلة محصورة في تدليسه، وتدليسه قبيح؛ فكان يدلس عن الضعفاء والمتروكين؛ فلا بد من التصريح بتحديثه، وهٰذا لم أظفر به، ثم ظفرت بقول العيني في «البناية» (٧ / ٤٢٨) عنه: «هٰذا ليس حديثاً صحيحاً»، والله الموفق والهادي.
(تنبيه): لم أظفر بهٰذا الأثر في كتب الغريب المسندة، ولم تذكر مادة (بهأ) ولا في «مجمع بحار الأنوار» و«ذيل النهاية».

(٢) «التفريع» (٢ / ٢٤٣)، «الرسالة» (٢٤٥)، «الكافي» (٤٧٩)، «المعونة» (٣ / ١٥٨٦) ـ وفيه: «لا مدخل للتغليظ في الأيمان بالألفاظ ولا يزاد في الحلف على أن يحلف بالله الذي لا إله إله هو» ـ، «جامع الأمهات» (ص ٤٨٤) ـ وفيه: «وروى ابنُ كنانة... وفي القسامة واللعان: عالم الغيب والشهادة الرحمٰن الرحيم» ـ.
وعند الحنفية: صفة التغليظ أن يقول: قل بالله لا إله إلا هو، عالم الغيب والشهادة، الرحمٰن الرحيم، الطالب المدرك، الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية ما لفلان هٰذا عليك حق ولا قبلك=

الصفات[1]؛ لأن هٰذه الصفات لا غاية لألفاظها ولا حصر، ولأن ما ذكروه ليس بأولى من غيره.

(فصل)

ولا يزاد على اليهودي أن يقال: الذي أنزل التوراة على موسى وعلى النصراني: الذي أنزل الإنجيل على عيسى[2]. خلافاً للشافعي[3]؛ لأن ذٰلك مبني على أنه لا يغلظ بالصفات على المسلم، فنقول: إنها يمين وجبت في حق فلم يزد فيها على لفظ الإخلاص كيمين المسلم، ولأن كل صفة لم تلزم المسلم لم يغلظ بها على الكافر كسائر الصفات[4].

= هٰذا المال الذي ادّعاه، وهو كذا وكذا، ولا شيء منه، هٰذه صيغة التغليظ، قالوا: والاختيار في صفة التغليظ إلى القاضي يزيد في التغليظ ما شاء وينقص ما شاء، قالوا: لٰكن ينبغي أن يتأمل حتى لا يكرر عليه اليمين؛ فإنه متى حلفه بالله الرحمٰن الرحيم كان يميناً واحداً، وإذا حلفه بالله والرحمٰن والرحيم يكون ثلاثة أيمان، والمستحق عليه يمين واحدة، ومنهم من قال: يعتبر حال المدعى عليه إن عرفه بالصلاح حلفه، واكتفى بذكر اسم الله تعالى، وإن عرفه بغير ذٰلك الوصف غلظ في اليمين.
انظر: «مختصر الطحاوي» (ص ٣٣٤)، «شرح أدب القاضي» (٢ / ١١٦ ـ ١١٨)، «البناية» (٧ / ٤٢٢)، «روضة القضاة» (١ / ٢٨٠ ـ ٢٨١)، «أدب القاضي» (٤٤٤، ٤٥٧)، «بدائع الصنائع» (٦ / ٢٢٧).

(١) «الأم» (٦ / ٩٩)، «مختصر المزني» (٣٠٩)، «حلية العلماء» (٨ / ٢٤٠)، «الحاوي الكبير» (٢١ / ١٢٣).

(٢) «المدونة» (٤ / ٧٢)، «التفريع» (٢ / ٢٤٤)، «الكافي» (٤٨٠)، «المعونة» (٣ / ١٥٨٧)، «جامع الأمهات» (ص ٤٨٤).

(٣) «مختصر المزني» (٣٠٩)، «الحاوي الكبير» (٢١ / ١٢٥ ـ ١٢٦)، «حلية العلماء» (٨ / ٢٤٠).
وهٰذا مذهب الحنفية. انظر: «البناية» (٧ / ٤٢٣ ـ ٤٢٤).

(٤) الراجح مذهب الشافعية والحنفية لما أخرجه مسلم في «صحيحه» (كتاب الحدود، باب رجم اليهود أهل الذمة، رقم ١٧٠٠) عن عبدالله بن مرة، عن البراء بن عازب رضي الله تعالى عنه؛ قال: مر على النبي ﷺ يهودي محمم، فدعاهم فقال: «هٰكذا تجدون حد الزنا في كتابكم؟». فقالوا: نعم. فدعا رجلاً من علمائهم فقال: «أنشدك بالله الذي أنزل التوراة على موسى؛ أهٰكذا تجدون حد =

مسألة ١٨٤٧

إذا حلف على فعل نفسه حلف على البت والقطع في النفي والإثبات، وإن حلف على فعل غيره ففي النفي على العلم وفي الإثبات على القطع(١)، وحكي عن الشعبي(٢) والنخعي(٣): أنه يحلف على البت في كل الأيمان، وعن ابن أبي ليلى: يحلف على العلم في الكل(٤).

ودليلنا أن الإنسان يمكنه معرفة فعل نفسه؛ فلم يحلف إلا على ما يعلمه ويتحققه؛ فكلف اليمين على البت، فإذا كانت اليمين على فعل غيره يمكنه في الإثبات القطع ولا يمكنه في النفي؛ فلم يكلف إلا ما يمكنه(٥).

= الزاني في كتابكم؟». فقال: لا، لولا أنك نشدتني بهٰذا لم أخبرك، نجده الرجم، ولٰكنه كثر في أشرافنا فكنا إذا أخذنا الرجل الشريف تركناه، وإن أخذنا الضعيف أقمنا عليه الحد، قلنا: تعالوا فلنجتمع على شيء نقيمه على الشريف والوضيع، فجعلناه التحميم والجلد مكان الرجم. فقال رسول الله ﷺ: «اللهم إني أول من أحيا أمرك إذ أماتوه»... فأمر به فرجم.

وهٰذا الرجل هو عبدالله بن صوريا، وكان أعلم من بقي منهم بالتوراة، وقد صرح باسمه في «سنن أبي داود» (رقم ٤٤٥٢).

وانظر: «تنبيه المعلم» (رقم ٦٧٧ ـ بتحقيقي).

(١) «التفريع» (٢ / ٢٤٣ ـ ٢٤٤)، «الكافي» (٤٧٢)، «المعونة» (٣ / ١٥٨٢)، «الشرح الكبير» (٦ / ٣١٠)، «إكمال المعلم» (١ / ٥٤٧)، «إكمال الإكمال» (١ / ٢٤٥).

(٢) «حلية العلماء» (٨ / ٢٤١)، «الحاوي الكبير» (٢١ / ١٢٨).

(٣) «حلية العلماء» (٨ / ٢٤١)، «الحاوي الكبير» (٢١ / ١٢٨).

(ملاحظة): المثبت في المراجع أن مذهب الشعبي والنخعي أنه يحلف على العلم.

(٤) «حلية العلماء» (٨ / ٢٤١)، «الحاوي الكبير» (٢١ / ١٢٨) ـ وفيهما أن مذهبه على البت ـ، «أدب القاضي» (١ / ٢٥٦) لابن القاص، «اختلاف الفقهاء» (٢٣٢) للطحاوي.

(٥) ما قرره المصنف صحيح، ويدل عليه حديث الأشعث بن قيس في منازعة الحضرميّ الكنديَّ في أرض اغتصبها أبو الكندي، فقال النبي ﷺ: «ما تقول؟». قال: أقول أنها أرضي، وفي يدي، وَرِثتها من أبي. فقال النبي ﷺ للحضرمي: «ألك بيّنة؟». قال: لا، ولٰكن حلفه يا رسول الله ما يعلم أنها أرضي اغتصبها أبوه... الحديث. ومضى تخريجه، وهو في «صحيح مسلم»؛ فاكتفى بحلفه على العلم دون البت في فعل غيره.

مسألة ١٨٤٨

إذا رأى إنساناً يتصرف في داره مدة يسيرة ويده عليها[١] جاز له أن يشهد باليد ولم يجز له أن يشهد بالملك[٢]، خلافاً لأبي حنيفة[٣]؛ لأن الشهادة بالملك هي شهادة باليد مع طول التصرف دون يسيره، ولأن اليد تكون بملك وبغير ملك، ولأنها لو كانت ملكاً في الحقيقة لم يجز سماع الدعوى بعد الإقرار.

مسألة ١٨٤٩

إذا مات رجل وترك ابنين وأقر أحدهما أن عليه ألفي درهم ديناً وأنكر الآخر لزم المقر نصف الدين وهو ألف[٤]، وقال أبو حنيفة: يلزمه جميع الألفين[٥].

فدليلنا أن إقرار الابن يتضمن ثبوت الألفين على أبيه وتعلق ذٰلك بكل التركة بدليل أن البينة لو قامت بذٰلك لقضي الدين من جميع التركة، فإذا كان هٰذا يتضمن إقراره لم يلزمه إلا بقدر ما حصل له من التركة، وهو النصف؛ فصار كما لو أقر أنّ أباه أوصى بثلثه وأكذبه أخوه؛ فإنه لا يلزمه إلا ثلث ما في يده.

= قال القاضي عياض في «إكمال المعلم» (١ / ٥٤٧ ـ ط دار الوطن): «وفيه دليل على أنّ من ادُّعي عليه دعوى في مال ورثه، أو تصيَّر إليه عن غيره أن يمينه على نفي علم دعوى المُدَّعي، كما ذكر في صفة اليمين في زيادة أبي داود [في «السنن» (رقم ٢٣٤٤)] لا على القطع إلا أنْ يدّعي عليه خصمُه معرفة ذٰلك».

وانظر استقصاءً وتفصيلاً فيما يندرج تحت ما قاله المصنف، عند ابن القاص في «أدب القاضي» (١ / ٢٥٠ ـ ٢٧٤)، والله الهادي.

(١) في الأصل والمطبوع: «ويدعيها»، والمثبت من (ط).

(٢) «المدونة» (٤ / ٨٩)، «التفريع» (٢ / ٢٤٢)، «الكافي» (٤٦٨)، «المعونة» (٣ / ١٥٨٢).

(٣) «مختصر اختلاف العلماء» (٣ / ٣٥٢ / رقم ١٤٨٣)، «أدب القضاء» (٣٤٥)، «البناية» (٧ / ١٥٣ ـ ١٥٤).

(٤) «المدونة» (٤ / ١٠٤)، «الكافي» (٤٥٩، ٤٨١)، «المعونة» (٣ / ١٥٧٤)، «عقد الجواهر الثمينة» (٢ / ٧١٨)، «الذخيرة» (٩ / ٣٠٩).

(٥) «اللباب» (٢ / ٨٧).

مسألة ١٨٥٠

إذا تداعيا شيئاً وهو في يد أحدهما وأقام كل واحد البينة رجح بالعدالة، فأيهما كانت بينته أعدل حكم له ببينته[١]. وقال أبو حنيفة[٢] والشافعي[٣]: لا يرجح بالعدالة.

ودليلنا أن الترجيح معنى مطلوب في التداعي والغرض به [أن] يقدم[٤] يقدم سبب أحد المتداعيين لكون ما يدعيه أقرب إلى الصدق، ووجدنا العدالة صفة مراعاة في الشهادة موكولة إلى اجتهادنا، وهي في نفسها متزايدة مختلفة؛ فوجب أن يقع الترجيح بكثرتها لأن من ثبت له بذلك أقرب إلى أن يكون ما شهد به هو الحق، ولأن الشهادة أقوى من الخبر لأنه قد نص فيها على العدد ولم يقبل فيها قول العبد أصلاً، ولا المرأة الواحدة بانفرادها، وفي الخبر لم ينص على عدد ولم يمنع قبول المرأة والعبد فيه، ثم كانت صفة العدالة يقع بها الترجيح في الخبر؛ فكانت بذلك في الشهادة أولى.

(فصل): وإذا تساوت البينتان في العدالة حكم بها لصاحب اليد[٥]. وقال أبو حنيفة: يحكم بها للخارج إذا كان في حكم مطلق أو مضاف إلى سبب

---

(١) «الموطأ» (٢ / ٧٢٥ ـ ٧٢٦)، «المدونة» (٤ / ٩٥)، «التفريع» (٢ / ٢٤٢)، «الرسالة» (٢٤٦ ـ ٢٤٧)، «الكافي» (٤٧٨ ـ ٤٧٩)، «المعونة» (٣ / ١٥٦٨)، «جامع الأمهات» (ص ٤٨٧)، «الذخيرة» (١١ / ٢٥).

(٢) «الجامع الصغير» (٣١٤ ـ ٣١٥)، «مختصر الطحاوي» (٣٢٨)، «اللباب» (٤ / ٣٢)، «أدب القضاء» (٦٠٠، ٦٠٦، ٦١٠)، «النتف» (٢ / ٧٨٨)، «البناية» (٧ / ٥١٤ ـ ٥١٥)، «شرح أدب القاضي» (٣ / ٢٤١).

(٣) «مختصر المزني» (٣١٢ ـ ٣١٣)، «المهذب» (٢ / ٣٣٤)، «حلية العلماء» (٨ / ١٩٠).

(٤) في الأصل والمطبوع: «والغرض فيه يقدم»، والمثبت من هامش الأصل و(ط).

(٥) انظر مراجع المالكية السابقة.

وهذا مذهب الشافعية.

انظر: «الأم» (٦ / ٢٣٥)، «التنبيه» (ص ١٥٨)، «المنهاج» (ص ١٥٦)، «نهاية المحتاج» (٨ / ٣٦٢).

يتكرر[١].

وحكي عن أحمد[٢] وإسحاق[٣] أن بينة الخارج أولى على كل حال.

فدليلنا ما روي أن رجلين تداعيا عند النبي ﷺ بعيراً، فجاء هٰذا ببينة وهٰذا ببينة، فقضى به لمن هو في يده[٤]، ولأنهما مدعيان تساويا في إقامة البينة وانفراد أحدهما باليد؛ فوجب أن يقدم ببينته لأجل اليد، أصله الدعوى في الملك المضاف إلى سبب لا يتكرر؛ كالولادة والنتاج، ولأن كل واحد منهما مساوٍ لصاحبه في

---

(١) «مختصر الطحاوي» (٣٥٣ ـ ٣٥٤)، «اللباب» (٤ / ٣٢ ـ ٣٤)، «المبسوط» (١٧ / ٣٢ ـ ٣٣)، «بدائع الصنائع» (٦ / ٢٣٣)، «أدب القضاء» (١٨١، ٤٦١)، «البناية» (٧ / ٤٠٣)، «رؤوس المسائل» (٥٣٤).

(٢) «المغني» (١٤ / ٢٧٩ ـ ط هجر).

(٣) «المغني» (١٤ / ٢٧٩ ـ ط هجر).

وبينة الخارج هي بينة المُدَّعي.

(٤) أخرجه الدارقطني (٤ / ٢٠٩)، والبيهقي (١٠ / ٢٥٦)؛ في «سننهما»، والطبراني في «الكبير» (٢ / ٢٠٤ رقم ١٨٣٣، ١٨٣٤) ـ كما في «مجمع الزوائد» (٤ / ٢٠٣) ـ، والقطيعي في «جزء الألف دينار» (رقم ٩٥)، والخطيب في «تاريخ بغداد» (٥ / ٤٣١)، وأبو بكر محمد بن عبدالباقي في «مسند أبي حنيفة» ـ كما في «عقود الجواهر المنيفة» (٢ / ٣٠) ـ، وفي بعضها: «قضى به بينهما»!.

وإسناده ضعيف.

فيه زيد بن نعيم، ترجمه الذهبي في «الميزان» (٢ / ١٠٦)، وقال: «لا يعرف في غير هٰذا الحديث»، ثم ذكره، وقال: «هٰذا حديث غريب، أخرجه الدارقطني»، وزاد ابن حجر في «اللسان» (٢ / ٥١٢): «وقال ابن القطان: لا يعرف حاله».

قلت: ومقولته في «بيان الوهم والإيهام» (٣ / ٥٥١).

وانظر: «إتحاف المهرة» (٣ / ٢٠٣ / رقم ٢٨٣٨).

وله شاهد، أخرجه البيهقي (١٠ / ٢٥٦) من طريق الشافعي، أنبأنا ابن أبي يحيى، عن إسحاق بن أبي فروة، عن عمر بن الحكم، عن جابر.

قال ابن التركماني: «في سنده ابن أبي يحيى وهو مكشوف الحال، وشيخه إسحاق بن أبي فروة ضعفه البيهقي في أبواب سجود التلاوة. وقال في باب (من فرق وجوده قبل القسم وبعده): متروك».

فإسناده ضعيف جداً.

الدعوى قبل البينة إلا أن صاحب اليد أقوى وأثبت بثبوت يده على الشيء المدعى، فلما انفرد بذلك قوي أمره فقدم على المدعي لرجوعه باليد، وهذه كلها بعد البينة لأنهما قد تساويا فسقطتا وصارا كأنهما لم يكونا وانفرد صاحب اليد بيده كما كان قبل البينة.

مسألة ١٨٥١

لا يقع الترجيح بزيادة العدد[١]، خلافاً لما يحكى عن الأوزاعي[٢]؛ لأنه معنى مقدر بالشرع بالنص؛ فلم يكن للاجتهاد مدخل فيه؛ كدية الأحرار.

مسألة ١٨٥٢

إذا تداعيا داراً في يد غيرهما وتعارضت بيناتهما قسمت الدار بينهما بعد أيمانهما على الظاهر الصحيح من المذهب[٣]، وللشافعي قول: أنه يقرع بينهما فيحكم لمن خرجت له القرعة[٤].

---

(١) «بداية المجتهد» (٢ / ٤٥٦).

(٢) فقه الإمام الأوزاعي (٢/ ٣٦٥).

(٣) «الموطأ» (٢ / ٧٢٥ ـ ٧٢٦)، «المدونة» (٤ / ٩٢ ـ ٩٨)، «التفريع» (٢ / ٢٤٢)، «الرسالة» (٢٤٦ ـ ٢٤٧)، «الكافي» (٤٧٨ ـ ٤٨٤)، «المعونة» (٣ / ١٥٦٥ ـ ١٥٦٧)، «التاج والإكليل» (٦ / ٢١١)، «جامع الأمهات» (ص ٤٨٦)، «الذخيرة» (١١ / ٢٣)، «الخرشي» (٧ / ٢٣٢).
وهذا مذهب الحنفية.
انظر: «الهداية» (٣ / ١٦٨)، «البحر الرائق» (٧ / ٢٣٤)، «جامع الفصولين» (١ / ٧٦)، «اللباب» (٤ / ٣٢).

(٤) «مختصر المزني» (٣١٢ ـ ٣١٣)، «المهذب» (٢ / ٣٣٤)، «حلية العلماء» (٨ / ١٨٩) ـ وذكر ثلاثة أقوال هذا أحدها ـ، «مغني المحتاج» (٤ / ٤٨٠)، «أسنى المطالب» (٤ / ٤٠٧)، «تكملة المجموع» (٢٠ / ١٨٩ ـ ١٩٠).
وذهب الحنابلة إلى أن في المسألة روايتين:
أولهما: تسقط البينتان ويقترع المدعيان على اليمين، فمن خرجت قرعته حلف أنها له وسلمت إليه.
وثانيهما: تستعمل البينتان، وفي الاستعمال روايتان:

فدليلنا ما روى تميم بن طَرَفَة الطَّائي: «أن رجلين تنازعا شيئاً وأقام كل واحد بينته، فجعله النبي ﷺ بينهما نصفين»[١]، ولأنهما حجتان تعارضتا لو انفرد أحد المتداعيين بها لحكم له بالملك؛ فوجب إذا تعارضتا أن يقسم الشيء بينهما، أصله اليد، ولأنهما قد تساويا في سبب الاستحقاق والشيء مما يصح فيه الاشتراك؛ فوجب القضاء به لهما؛ كالأخوين الشقيقين[٢].

= الأولى: تقسم العين بينهما.
والثانية: يقدم أحدهما بالقرعة فمن خرجت له القرعة أخذها من غير بيِّنة.
انظر: «المغني» (١٢ / ١٨٣ ـ ١٨٤ ـ مع «الشرح الكبير»)، «الكافي» (٤ / ٤٩٠ ـ ٤٩١)، «الهداية» (٢ / ١٣٩)، «تقرير القواعد» (٣ / ٢٥٣ ـ بتحقيقي).

(١) أخرجه عبدالرزاق (٨ / ٢٧٦ رقم ١٥٢٠٢، ١٥٢٠٣)، وابن أبي شيبة (٥ / ١٣٥ ـ ط دار الفكر، أو ٦ / ٣١٦ و١٠ / ١٥٦ ـ ١٥٧ ـ ط الهندية) في «مصنفيهما»، وأبو داود في «المراسيل» (ص ١٨٤ ـ ١٨٥)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٠ / ٢٥٨)، والخطيب في «تاريخ بغداد» (٦ / ١٠)؛ من طرق عن سماك بن حرب، عن تميم، به.
قال البيهقي: «هٰذا منقطع».
وتميم تابعي ثقة؛ فالحديث مرسل.
نعم، روي موصولاً عن أبي موسى الأشعري.
أخرجه أبو داود (٣٦١٣، ٣٦١٤، ٣٦١٥)، والنسائي (٨ / ٢٤٨)، والبيهقي (١٠ / ٢٥٧، ٢٥٨)، وأرجع البخاري هٰذا الحديث إلى المرسل السابق.
انظر: «سنن البيهقي» (١٠ / ٢٥٨)، «مختصر الخلافيات» (٥ / ١٨٠ ـ ١٨١)، «نصب الراية» (٤ / ١٠٩ ـ ١١٠)، «التلخيص الحبير» (٤ / ٢٠٩ ـ ٢١٠).

(٢) الراجح أنه إذا تساوت البينات أقرع بينهما، فمن خرجت قرعته حلف، وكان الحكم له، فإن امتنع حلف الآخر، وكان الحكم له، فإن امتنعا جميعاً كان الحق بينهما نصفين؛ لأنَّ في ذٰلك جمعاً بين الأدلة وعملاً بالعدل على وفق مقاصد الشرع.
ويؤيد ذٰلك حديث أم سلمة في «الصحيحين» وغيرهما: «إنكم لتختصمون إلي، ولعل بعضكم ألحن بحجته. . .»، وفيه قصة رجلين تنازعا في أرض فقضى رسول الله ﷺ بينهما بقوله: «أما إذا فعلتما؛ فاقتسما، وتوخَّيا الحق، ثم استهما، ثم تحالا»، ومضى تخريجه.
وانظر: «تنقيح التحقيق» (٣ / ٥٣٩)، كتابي «المحاماة» (ص ٨٧ ـ ٨٩).
انظر: «القرعة وأحكامها في الفقه الإسلامي» (١٢٩ ـ ١٣٢).

مسألة ١٨٥٣

إذا تداعى رجلان داراً في يد غيرهما ممن لا يدعيها لنفسه، وأقام أحدهما البينة أنها ملك له منذ سنة والآخر أنها ملكه منذ سنين؛ حكم بها لصاحب الملك المتقدم[(١)]، وللشافعي قول: إنه يحكم بها لهما بالسوية[(٢)].

فدليلنا أن البينة إذا شهدت بالملك منذ سنين؛ فإنا نحكم بالملك منذ ذٰلك الوقت بدليل أن النتاج يكون للمشهود له، فإذا كان كذٰلك؛ فقد تساوت البينتان في الظاهر بالشيء بالشهادة بالملك المتقدم، فكان لها مزية، فوجب تقديمها على البينة التي قامت بالشهادة بالملك المتأخر.

مسألة ١٨٥٤

إذا اختلف الزوجان في متاع البيت، فادعى كل واحد منهما أنه له ولا بيّنة لهما، ولا لأحدهما، نظر: فما كان من متاع النساء فهو للمرأة مع يمينها، وما كان من متاع الرجال فهو له مع يمينه، وما كان يصلح لهما [فاختلفا فيه] فقال مالك: هو للرجل مع يمينه. وقال المغيرة: هو بينهما بعد أيمانهما، سواء كان اختلافهما قبل الطلاق أو بعده[(٣)]. وقال الشافعي: من أقام البينة على شيء؛ فهو له، وإلا كان

---

(١) مراجع المالكية السابقة، «أسهل المدارك» (٣/ ٢٢٩).

(٢) «الأم» (٦ / ٢٣٦)، «مختصر المزني» (٣١٢ ـ ٣١٣)، «المهذب» (٢ / ٣١٢)، «روضة الطالبين» (١٢ / ٧١)، «أسنى المطالب» (٤ / ٤٠٨)، «حلية العلماء» (٨/ ١٩٠)، «مختصر الخلافيات» (٥ / ١٧٩ / رقم ٣٦٥).

ومذهب الحنابلة: أقرع بينهما، فمن خرجت قرعته حلف واستحقّه.

انظر: «المغني» (١٤ / ٢٩٣، ٥٤٢)، «الإنصاف» (١١ / ٢٦٧)، «منتهى الإرادات» (٣ / ٥٢٩، ٥٦٣)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ٥٣٩)، «كشاف القناع» (٦ / ٣٤٢، ٣٩٣)، «تقرير القواعد» (٣ / ٢٥٣ ـ بتحقيقي).

ومذهب الحنفية: يقسم بينهما.

انظر: «الجامع الكبير» (١١٥، ١١٦)، «تبيين الحقائق» (٤/ ٣١٥، ٣١٦)، «بدائع الصنائع» (٨/ ٣٩٥٢).

(٣) «المدونة» (٤ / ٩٧)، «الكافي» (٤٨٢)، «المعونة» (٣ / ١٥٧٥).

الجميع بينهما بعد أيمانهما[(١)].

فدليلنا أن اليد لما كانت مؤثرة في الملك ودالة عليه وكان لكل واحد منهما يد في الدار وجب عند تنازعهما أن يعتبر أظهرهما في الدعوى، ومن يشهد له العرف بقوة دعواه لقوله تعالى: ﴿وَأْمُرْ بِٱلْعُرْفِ﴾ [الأعراف: ١٩٩]، وقوله في قصة يوسف: ﴿إِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن قُبُلٍ...﴾ [يوسف: ٢٦] الآية؛ فجعل قوة دعوى كل واحد منهما معلقة على ما يشهد الغالب، فكذلك في مسألتنا، والعرف أن النساء يتخذن ما يصلح لهن والرجال يتخذون ما يصلح لهم، فيثبت ما قلناه.

ودليلنا [على] أن ما يصلح لهما يكون للرجل خلافاً للمغيرة: أن جهته[(٢)] أرجح بكون البيت له وهي تابعة له فيه، والظاهر فيما يكون في بيت الإنسان أنه له إلا ما شهد العرف بأن الأغلب كونه للمرأة، ووجه قول المغيرة: أن البيت مضاف إليهما وأيديهما متساوية، فإذا لم يكن الأغلب كون الشيء يصلح لأحدهما وجب أن يكون بينهما.

مسألة ١٨٥٥

إذا كان لرجل على إنسان دَيْنٌ فجحد فحصل له عنده وديعة أو عارية أو غصب أو غير ذٰلك من وجوه الحيازة من جنس حقِّه أو من غير جنسه، فأراد أن يأخذ حقه منه؛ ففيه روايتان:

---

(١) «الأم» (٥ / ٩٥)، «مختصر المزني» (٣١٨)، «الإقناع» (١٩٨)، «حلية العلماء» (٨ / ٢١٣).
ومذهب أبي حنيفة: إذا اختلف الزوجان في متاع البيت؛ فكل متاعٍ يكون للرجال فهو للرجل، وما كان للنساء فهو للمرأة، وما كان مُشكِلاً فهو للزوج في الطلاق، وفي الوفاة فهو للحيّ منهما عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف: يُجهَّز المرأةُ جهازَ مثلها، والباقي للزوج في الموت والطلاق جميعاً. وقال محمد: ما كان للرجال فهو للرجل، وما كان للنساء فهو للمرأة، وما كان مشكلاً فهو بينهما نصفان. قاله الناطفي في «جُمل الأحكام» (ص ٣٣٠ ـ ٣٣١).
وانظر: «مختصر الطحاوي» (٢٢٨)، «بدائع الصنائع» (٣ / ١٤٩٦)، «البناية» (٧ / ٤٦٣، ٤٦٤)، «رؤوس المسائل» (٥٤٩).

(٢) في (ط): «جنبته».

إحداهما: أن له ذٰلك إن لم يكن عليه دين لغيره وإن كان عليه دين أخذ بمقدار ما يصيبه من المحاصة[١]، سواء كان من جنس حقه أو من غير جنسه[٢]. وهو قول الشافعي[٣].

والأخرى: أنه ليس له ذٰلك بوجه، ولٰكن يرد ما عنده ثم يطالبه بحقه[٤].

---

(١) التحاصّ: اقتسام شيء بالحصص، فيأخذ كل واحدة حصةً، والحصة: هي الجزء من الشيء. انظر: «الدُّر النقي» (٣ / ٥٧٣ / رقم ١١٦٧) ليوسف بن عبدالهادي.

(٢) «المعلم بفوائد مسلم» (٢ / ٤٠٤)، «الفروق» (١ / ٢٠٨)، «جامع الأمهات» (ص ٤٨٣)، «الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام» (١١٢)، «التاج والإكليل» (٥ / ٢٦٥)، «المقدمات الممهدات» (٢ / ٤٥٨)، «شرح الزرقاني على خليل» (٦ / ١٢٥ و٧ / ٢١٥)، «مواهب الجليل» (٥ / ٢٦٦)، «الخرشي» (٧ / ٢٣٥)، «حاشية الدسوقي» (٤ / ٢٢٥)، «تهذيب الفروق» (١ / ١٠٧)، «حاشية العدوي على الخرشي» (٦ / ١١٨).

وعندهم قول أنه لا يأخذ إذا كان يقدر على الأخذ بالسلطان أو الحاكم إن كانت عنده بيّنة ولم يترتب على أخذه بغير الحاكم فتنة، وقيل: إن ذٰلك جائز مع الكراهة. انظر المراجع السابقة.

(٣) «حلية العلماء» (٨ / ٢١٤)، «المهذب» (٢ / ٣١٧)، «روضة الطالبين» (١٢ / ٣)، «مغني المحتاج» (٤ / ٤٦٢)، «نهاية المحتاج» (٨ / ٣١٥ ـ ٣١٦)، «أعلام الحديث» (٢ / ١٢٢٢ ـ ١٢٢٣) للخطابي.

وذهب ابن حزم أن على صاحب الحق أن يأخذ حقه من مال مَنْ عليه الحق إذا ظفر به بغير إذنه، وكأنه يميل إلى وجوب ذٰلك، يظهر هٰذا من خلال أدلته.

انظر: «المحلى» (٨ / ٦٤٦).

(٤) «المقدمات الممهدات» (٢ / ٤٥٨)، «التاج والإكليل» (٥ / ٢٦٥).

وهٰذا مذهب الحنابلة.

انظر: «الهداية» (٢ / ١٣٩) للكلوذاني، «المغني» (١٤ / ٣٤٠)، «الإنصاف» (١١ / ٣٠٨)، «كشاف القناع» (٦ / ٣٥١).

وقال ابن رجب في «تحرير القواعد» (١ / ١٠١ ـ بتحقيقي) ما نصه: «إنه يجوز استيفاء الحق من مال الغريم إذا كان ثم سبب ظاهر يحال الأخذ عليه، ولا يجوز ذٰلك إذا كان السبب خفياً، فيباح للمرأة أن تأخذ من مال زوجها نفقتها ونفقة ولدها بالمعروف، وللضيف إذا نزل بالقوم، فلم يقروه أن يأخذ من أموالهم بقدر قراه بالمعروف، [ودليله ما أخرج أحمد في «المسند» (٢ / ٣٨٠) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤ / ٢٤٢) و «المشكل» (٧ / رقم ٢٨١٦، ٢٨١٧) بسندٍ صحيح عن أبي هريرة؛ قال: قال رسول الله ﷺ: «أيُّما ضيف نزل بقوم فأصبح الضيف محروماً له =

وقال أبو حنيفة[١]: إن كان الذي حصل في يده جنس حقه؛ فله أخذه، وإن كان من غير جنسه؛ فليس له أخذه.

فدليلنا على الجواز حديث هند أنها قالت: يا رسول الله! إن أبا سفيان رجل شحيح، وإنه لا يعطيني ما يكفيني وولدي أفآخذ منه سراً؟ فقال النبي ﷺ: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»[٢].

ولأنه مال يستحقه عليه، فإذا منعه الغريم كان له أخذه بغير إذنه، أصله إذا دفعه إليه الحاكم، ووجه المنع قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا۟ ٱلْأَمَـٰنَـٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا﴾ [النساء: ٥٨]، وقوله ﷺ: «أد الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من خانك»[٣].

= أن يأخذ بقدر قِراه ولا حرج عليه»، وذٰلك] لأن السبب إذا ظهر لم ينسب أخذ إلى خيانة، بل يحال أخذه على السبب الظاهر، بخلاف ما إذا خفي، فإنه ينسب بالأخذ إلى الخيانة». وما بين المعقوفتين من إضافاتي.

(١) «الهداية» (٢ / ١٢٢)، «تبيين الحقائق» (٣ / ٢١٨)، «فتح القدير» (٥ / ٣٧٧)، «حاشية الطحطاوي على الدر المختار» (٢ / ٤٢٤ و٤ / ٨٦، ٢١٠)، «حاشية ابن عابدين» (٤ / ٩٤ ـ ٩٥ و٦ / ١٥١، ٤٢٢).

والفتوى عندهم على خلافه. أفاده ابن عابدين.

(٢) أخرج البخاري في «صحيحه» (رقم ٢٢١١، ٢٤٦٠، ٥٣٧٠، ٧١٦١، ٧١٨٠)، ومسلم في «صحيحه» (رقم ١٧١٤)؛ عن عائشة رضي الله عنها قالت: «قالت هند أم معاوية لرسول الله ﷺ: إن أبا سفيان رجل شحيح، وإنه لا يعطيني إلا أن آخذ من ماله سراً. قال: خذي ما يكفيك وبنيك بالمعروف».

(٣) أخرجه أبو داود في «السنن» (رقم ٣٥٣٥)، والترمذي في «الجامع» (رقم ١٢٦٤) ـ ومن طريقه ابن الجوزي في «الواهيات» (رقم ٩٧٣) ـ، والدارمي في «السنن» (٢ / ٢٦٤)، والبخاري في «التاريخ الكبير» (٤ / ٣٦٠)، والطحاوي في «المشكل» (٥ / رقم ١٨٣٩، ١٨٣٢)، والخرائطي في «مكارم الأخلاق» (ص ٣٠)، والدارقطني في «السنن» (٣ / ٣٥)، وتمام في «الفوائد» (رقم ٧٠٧ ـ ترتيبه)، والحاكم في «المستدرك» (٢ / ٤٦)، والقضاعي في «مسند الشهاب» (رقم ٧٤٢)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٠ / ٢٧١)؛ من طرق عن طلق بن غنام، عن شريك وقيس، عن أبي حصين، عن أبي صالح، عن أبي هريرة رفعه.

ولأنه لا ولاية له على من له الحق والتصرف في مال الغير لا يملك إلا بولاية.

ودليلنا على أنه لا فرق بين أن يكون من جنسه أو من غير جنسه حديث هند، وهو عام، ولأنه ممتنع من مال يستحقه عليه؛ فجاز له أخذه مما يحصل تحت يده، أصله الجنس، ولأنه مال حصل لغريمه تحت يده وهو ممتنع من أداء ما عليه؛ فله أخذه من تحت يده من جنسه وغير جنسه، أصله إذا كان له عليه ذهب فحصل له عنده فضة، ولأن كل من له الأخذ إذا وجد من الجنس؛ فكذٰلك من غيره، أصله الحاكم[1].

= قال ابن القطان: «المانع من تصحيحه أن شريكاً وقيس بن الربيع مختلف فيهما». كذا في «نصب الراية» (٤ / ١١٩).

قلت: يقوي كل منهما الآخر؛ فهو حسن إن شاء الله تعالى.

وانفرد طلق بهٰذا الحديث، وعلق أبو حاتم العصابة به، فقال ـ كما في «العلل» (١ / ٣٧٥) ـ لابنه: «طلق بن غنام روى حديثاً منكراً عن شريك وقيس». وقال: «ولم يرو هٰذا الحديث غيره».

قلت: ورد عن جمع، منهم: أنس، وأبي بن كعب، وأبو أمامة، ومبهم من الصحابة، ومن مرسل الحسن؛ فهو صحيح بهٰذه الشواهد إن شاء الله، وطلق وثقه: ابن سعد، وعثمان بن أبي شيبة، وابن نمير، والعجلي، والدارقطني، وابن حبان. وقال أبو داود: صالح. ولم يضعفه إلا ابن حزم! انظر: «الأم» (٥ / ٩٣)، «التلخيص الحبير» (٣ / ٩٧)، «تهذيب الكمال» (١٣ / ٤٥٦ ـ فما بعد) والتعليق عليه.

وانظر في صحة توجيهه على المسألة مع النزاع في ذٰلك: «الفروق» (١ / ٢٠٨)، «الإحكام» للقرافي (ص ١١٢ ـ ١١٤)، «المعلم» (٢ / ٤٠٤)، «أعلام الحديث» (٢ / ١٢٢٢ ـ ١٢٢٣)، «فتح الباري» (٩ / ٥١١).

(١) القول بجواز الأخذ سواء كان من جنس الحق أم لا قوي وراجح؛ لعموم النصوص مثل قوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِ﴾ [النحل: ١٢٦]، وقوله تعالى: ﴿فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤]، ولقوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»، وفي منع صاحب الحق من أخذ ماله في هٰذا الحال إضرارٌ به؛ فلا يجوز.

وانظر: «إغاثة اللهفان» (٢ / ٧٥ ـ ٧٩ ـ ط البابي الحلبي).

مسألة ١٨٥٦

ومن ادعى أنه تزوج امرأة تزويجاً صحيحاً سمعت دعواه ولم يكلف أن يذكر شروط الصحة[١]؛ لأنها دعوى عقد صحيح، فوجب استماعها كما لو ذكر شروط الصحة؛ لأنها عقد معاوضة، فوجب أن تسمع الدعوى فيه على الصحة مجملة[٢] من غير اعتبار ذكر شرائط الصحة، أصله البيع[٣].

مسألة ١٨٥٧

إذا مات رجل وعليه دين وله [دين] فيه شاهد؛ فللورثة أن يحلفوا مع شاهد ميتهم ويستحقوا المال ويدفعوا إلى الغرماء حقوقهم، فإن لم يحلفوا حلف الغرماء واستحقوا قدر ديونهم[٤]، خلافاً للشافعي[٥]؛ لأن الدين متعلق بالتركة؛ فجاز لمستحقه أن يحلف مع شاهد الميت، أصله حق الإرث.

مسألة ١٨٥٨

إذا وطيء السيدان الأمة في طهر واحد أو وطيء رجل أمته ثم باعها قبل أن يستبرأها فوطئها الثاني فأتت بولد لأكثر من ستة أشهر من وطء الأول والثاني نظر القافة فبأيهما ألحقاه لحق[٦]، وقال أبو حنيفة: الحكم بالقافة باطل، ولا يراعى

---

(١) «الكافي» (٤٨٠)، «المعونة» (٣/ ١٥٧٣)، «جامع الأمهات» (ص ٤٨٣)، «الذخيرة» (١١ / ٦)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣/ ٢٠١).

(٢) في (ط): «بجملة»!

(٣) لم يذكر هنا خلافاً، والخلاف مع الشافعي؛ فمذهبه لا يسمع حتى يقول: نكحتها بولي وشاهدَيْ عدل ورضاها. أفاده الشاشي في «حلية العلماء» (٨ / ١٨٥).
وانظر: «المهذب» (٢ / ٣١١).

(٤) «المدونة» (٤ / ١٠٩)، «الكافي» (٤٨٣)، «المعونة» (٣ / ١٥٧٧ ـ ١٥٧٨)، «جامع الأمهات» (ص ٤٨٥)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣/ ١٦٩).

(٥) «الأم» (٦ / ٩٤)، «مختصر المزني» (٣٠٩ ـ ٣١٠)، «الحاوي الكبير» (٢١ / ٨٧)، «نهاية المحتاج» (١ / ١٣٥ ـ ١٣٦).

(٦) «الموطأ» (٢ / ٧٣٩ ـ ٧٤٠)، «المدونة» (٢ / ٣٤٧ ـ فما بعد)، «التفريع» (٢ / ١٧٨)، «الكافي» (٣٠٠)، «المعونة» (٢ / ١٠٨٢)، «جامع الأمهات» (ص ٣٢٤)، «الذخيرة» (١٠ / ٢٤١).

الشبه. قال: فإذا تنازع الولد رجلان لحق بهما وكان ابناً لهما وكذٰلك خمسة رجال وعشرة وأكثر إن أمكن ذٰلك[١].

فدليلنا على وجوب الحكم بالقافة حديث عائشة؛ قالت: دخل رسول الله ﷺ تَبْرُقُ أساريرُ وجههِ فقال: «ألم تَري إلى مُجَزِّز المدلجي نظر إلى أسامة وزيد وعليهما قطيفة قد غطَّيا رؤوسهما وبدت أقدامهما فقال: إن هٰذه الأقدام بعضها من بعض»[٢]، موضع الدليل أن المشركين كانوا يطعنون في نسب أسامة لأنه كان أسود وكان زيد أبيض، وكان ذٰلك يشق على النبي ﷺ؛ فسر بقول مُجَزِّز لكونه قائفاً عارفاً بالأنساب، ولو كان ذٰلك ظناً وخرصاً لا يتعلق به حكم لم يسر به، ولأنكر على مجزز إخباره كما ينكر كل ما كان من أمر الجاهلية وأحكامها ليس في شرعه إقراره.

ودليلنا في اعتبار الشبه في اضطراب النسب حديث سعد وعبد بن زمعة لما تنازعا ابن الوليدة، فادعى سعد لأخيه وادعى عبد بن زمعة لأبيه؛ فحكم النبي ﷺ لصاحب الفراش وهو زمعة، ثم قال لسودة: احتجبي منه لما رأى من شدة شبهه بعتبة مع ثبوت الأخوة بينهما وبين هٰذا الولد[٣]. وقوله ﷺ في قصة المتلاعنين: «إن جاءت به على نعت كذا فهو لشريك»، فجاءت به على النعت المكروه، فقال ﷺ: «لولا ما مضى من كتاب الله؛ لكان لي ولها شأن»[٤]. وروي عن عمر[٥]

---

(١) «مختصر الطحاوي» (٣٥٨)، «اللباب» (٢ / ٢٥)، «تبيين الحقائق» (٤ / ٣٣١)، «بدائع الصنائع» (٨ / ٣٩٦٤ ـ ٣٩٧١)، «رؤوس المسائل» (٥٣٧).

(٢) أخرجه البخاري في «صحيحه» (كتاب الفرائض، باب القائف، رقم ٦٧٧٠، ٦٧٧١)، ومسلم في «صحيحه» (كتاب الرضاع، باب العمل بإلحاق القائف الولد، ١٤٥٩) عن عائشة بألفاظ متقاربة.

(٣) أخرجه البخاري في «صحيحه» (كتاب البيوع، باب تفسير المشبهات، رقم ٢٠٥٣)، ومسلم في «صحيحه» (كتاب الرضاع، باب الولد للفراش، رقم ١٤٥٧)؛ عن عائشة.

(٤) أخرجه البخاري في «صحيحه» (كتاب الطلاق، باب التلاعن في المسجد، رقم ٥٣٠٩)، ومسلم في «صحيحه» (أول كتاب اللعان، رقم ١٤٩٢)؛ عن ابن عباس رضي الله عنه.

(٥) أخرج مالك في «الموطأ» (٢ / ٧٤٠ ـ رواية يحيى، ورقم ٢٨٨٩ ـ رواية أبي مصعب)، والشافعي في «المسند» (رقم ٩٩، ١٠٠، ١٠١ ـ مع «شفاء العي»)، وعبدالرزاق في «المصنف» (٧ / ٣٦٠، ٣٦١ / رقم ١٣٤٧٥ ـ ١٣٤٧٨، ١٣٤٨٠)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٠ / ٢٦٣، ٢٦٤)؛ =

وأنس[١] الحكم بالقافة، ولأن حقيقة النسب لا يعلمها إلا الله تعالى ومن أطلعه عليه، وإنما يثبت بالاستدلال والفراش من جهة الظاهر، ووجدنا لهٰذا القوم اختصاصاً بهٰذا العلم من طريق معرفة الشبه لا يدفع أحد ذٰلك؛ فجاز أن يكون لهم مدخل فيه كما جاز أن يكون للتجار مدخل في تقويم المتلفات، ولأهل الحزر مدخل في الخرص في الزكاة وغيرها[٢].

(فصل)

ودليلنا على أن الولد لا يكون لأكثر من أب واحد قوله تعالى: ﴿وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ﴾

= من طرق عن عمر أنه كان يُليط ـ أي: يلحق ـ أولاد الجاهلية بمن ادَّعاهم في الإسلام، فأتى رجلان كلاهما يدّعي ولد امرأة، فدعا عمر بن الخطاب قائفاً، فنظر إليهما، فقال القائف: لقد اشتركا فيه، فضربه عمر بالدِّرَّة، ثم دعا المرأة، فقال: أخبريني خبرك. فقالت: كان هٰذا ـ لأحد الرجلين ـ يأتيني، وهي في إبل أهلها، فلا يفارقها حتى يظن وتظن أنه قد استمر بها حبل، ثم انصرف عنها، فأهريقت عليه دماء، ثم خلف عليها هٰذا ـ تعني الآخر ـ فلا أدري أيُّهما هو. قال: فكبَّر القائف، فقال عمر للغلام: وال أيهما شئت. لفظ مالك.

ورجاله ثقات؛ إلا أنَ انقطاعاً فيه، ولٰكنه روي ـ كما قدمناه ـ من طرق عنه تدلل على أن لهٰذا الأثر أصلاً، وقال البيهقي عن واحدة منها: «هٰذا إسناد صحيح موصول».

وانظر تعليقي على: «تحرير القواعد» (٣ / ٢٣٣)، وفيه احتجاج الإمام أحمد به في رواية ابن منصور.

(١) أخرج الشافعي في «المسند» (رقم ٩٨ ـ مع «شفاء العي») ـ ومن طريقه البيهقي (١٠ / ٢٦٤) ـ عن حميد، عن أنس أنه شك في ابن له، فدعا له القافة.

وحميد مدلس، وقد عنعن، ورواه البيهقي عنه عن بعض ولد أنس وسماه في رواية أخرى موسى بن أنس.

وسنده جيّد.

(٢) الراجح أن الحكم بالقافة مشروع، وعليه الدليل، وهو مذهب جماهير السلف والخلف.

انظر: «الأم» (٦ / ٢٤٧)، «الحاوي الكبير» (١١ / ٢٩٨، ٣٠٤ ـ ط دار الكتب العلمية)، «مغني المحتاج» (٤ / ٤٨٨ ـ ٤٨٩)، «نهاية المحتاج» (٨ / ٣٧٥)، «المغني» (١١ / ٢٤١)، «منتهى الإرادات» (٣ / ٢٠٠)، «كشاف القناع» (٥ / ٤٢٦)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ٥٤١)، «تقرير القواعد» لابن رجب (١ / ١٠٥ و٣ / ٢٣١، ٢٣٧ ـ بتحقيقي).

[النساء: ١١]، وقوله: ﴿ٱشۡكُرۡ لِي وَلِوَٰلِدَيۡكَ﴾ [لقمان: ١٤]، وقوله: ﴿ووصينا الانسان بوالديه حسنا﴾ [العنكبوت: ٨٠]، ولأن استحالة ذلك في الشرع جارية مجرى الأمين من طريق المشاهدة[١].

(فصل)

ولا يحكم بالقافة في ولد الحرة، وذكر الشيخ أبو بكر الأبهري عن أبي يعقوب الرازي أنه وجد لابن وهب عن مالك أنه يحكم فيه بالقافة[٢]، وهو قول الشافعي[٣].

ودليلنا أن في الحرة لا يتساوى الواطئان في الفراش لأنها لا تكون فراشاً إلا لواحد، فيلحق الولد لصاحب الفراش، وليس كذلك الأمة لأنه قد يستوي حكم الواطئين فيه من جهة الملك لأنها إذا كانت بين شريكين؛ فإنهما يتساويان في الملك ومشتريها واحد بعد واحد، فيقع العقد له صحيحاً، فاحتجنا إلى الترجيح واعتباره من الطريق التي يعتبر منها.

مسألة ١٨٥٩

المسلم والذمي والحر والعبد في دعوى النسب سواء[٤]، وقال أبو حنيفة[٥]: المسلم أولى من الكافر والحر أولى من العبد.

فدليلنا أنهما اشتركا في ادعاء نسب لو انفرد به كل واحد منهما لحقه، فوجب

---

(١) «المعونة» (٢ / ١٠٨٥)، «الذخيرة» (١٠ / ٢٤٣).
وانظر إمكانية أن يخلق الولد الواحد من ماء ذكرين!! عند السُّروجي الحنفي في «أدب القضاء» (٤٥٩ ـ ٤٦٠). وفيه نظر بناء على المقرر في العلم التجريبي اليوم.

(٢) «المدونة» (٢ / ٣٥٨)، «المعونة» (٢ / ١٠٨٢ ـ ١٠٨٣)، «الذخيرة» (١٠ / ٢٤٥).

(٣) «الأم» (٦ / ٢٤٧)، «مختصر المزني» (٣١٧ ـ ٣١٨)، «المهذب» (٢ / ١٢١)، «مغني المحتاج» (٤ / ٤٨٨ ـ ٤٨٩)، «نهاية المحتاج» (٨ / ٣٧٥)، «حلية العلماء» (٨ / ٣٧٦)، «مختصر الخلافيات» (٥ / ١٨١ / رقم ٣٦٦).

(٤) «الذخيرة» (٩ / ١٣٥)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣ / ٩٣).

(٥) «البناية» (٤ / ٨٤٦)، «أدب القضاء» (٢٥٥) للسروجي.

أن يستويا فيهما؛ كالحُرَّين المسلمين، ولأن الحر والعبد يتساويان في الأسباب[1] التي تلحق بها الأنساب، وهو الوطء بالنكاح الصحيح والفاسد والشبهة، فيتساويان في دعواهم كما أن المسلم والكافر لما تساويا في أسباب ملك المال تساويا في دعواه، كذلك في مسألتنا.

* * * * *

(١) في الأصل: «الأنساب»!!

الجزء الخامس والعشرون

من

كتاب الإشراف



كتاب العتق

مسألة ١٨٦٠

إذا كان عبد بين شريكين فأعتق أحدهما نصيبه وهو موسر لم يعتق حصة شريكه بالسراية، ويقوَّم عليه ويدفع القيمة إلى الشريك، ثم يعتق[١]، وأظهر أقاويل الشافعي أنه يعتق بالسراية[٢].

فدليلنا قوله ﷺ: «من أعتق شركاً له في عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة العدل، فأعطى شركاؤه حصصهم وأعتق عليه العبد»[٣]؛ فشرط في عتقه

---

(١) «الموطأ» (٢ / ٧٧٢)، «المدونة» (٢ / ٣٦٠)، «التفريع» (٢ / ٢١)، «الكافي» (٥٠٣)، «المقدمات» (٣ / ١٥٣)، «المعونة» (٣ / ١٤٣٣)، «أسهل المدارك» (٣ / ٢٤٥)، «مواهب الجليل» (٦ / ٣٣٦)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣ / ٣٥٨)، «الذخيرة» (١١ / ١٤٠)، «جامع الأمهات» (ص ٥٢٨)، «شرح الزرقاني على خليل» (٤ / ١٣٥).

وانظر لمذهب الحنفية: «مختصر الطحاوي» (ص ٣٦٧)، «شرح معاني الآثار» (٣ / ١٠٥ ـ ١٠٨)، «الشروط الصغير» (٢ / ٥٨٩ ـ ٥٩١)، «مختصر القدوري» (ص ٨٤، ٨٥)، «البناية» (٥ / ٤٩ ـ ٥١)، «رؤوس المسائل» (٥٤٠)، «عمدة القاري» (١٣ / ٥٢ ـ ٥٤، ٨٢ ـ ٨٦)، «الاختيار» (٤ / ٢٤)، «اللباب» (٣ / ١١٥).

(٢) «الأم» (٧ / ١٩٧)، «مختصر المزني» (٣١٩)، «المهذب» (٢ / ٤)، «المنهاج» (١٥٨)، «الإقناع» (٢٠٥)، «المجموع» (١٧ / ١٤)، «روضة الطالبين» (١٢ / ١١٢، ١١٧)، «مغني المحتاج» (٤ / ٤٩٥ ـ ٤٩٦)، «حلية العلماء» (٦ / ١٦٠)، «مختصر الخلافيات» (٥ / ١٨٧ / رقم ٣٦٨)، «الإشراف» لابن المنذر (رقم ١٥٨١، ١٥٨٩).

(٣) أخرجه البخاري في «صحيحه» (كتاب العتق، باب إذا أعتق عبداً بين اثنين، رقم ٢٥٢٣)، ومسلم في «صحيحه» (أول كتاب العتق، رقم ١٥٠١)؛ عن ابن عمر مرفوعاً.

أن يقوم عليه وأن يدفع إلى الشريك، ولأن تصرف الإنسان في ملكه لا يسري إلى ملك غيره؛ كالبيع، ولأن التقويم لإزالة الضرر عن الشريك كالشفعة، وقد ثبت أن ملك المشتري لا يزول عن الشقص إلا بعد قبض الثمن؛ فكذٰلك في العتق، ولأنه عتق بعوض مفتقر إلى القدرة على العوض؛ فوجب أن يقف تنجزه على بدله، أصله عتق المكاتب، ولا يلزم عليه إذا قال: إن أديت ألفاً فأنت حر؛ لأن هٰذا العتق لا يقف على القدرة على العوض[1].

مسألة ١٨٦١

إذا كان المعتق معسراً لم يكن للشريك استسعاء العبد في قيمة نصيبه منه وعتق من العبد ما عتق[2]، وقال أبو حنيفة: له ذٰلك موسراً كان المعتق أو معسراً[3].

فدليلنا الحديث الذي رَوَيْناه، ولأنه عتق من غير جهة من كانت منه الجناية فلم يكن واجباً؛ كالكتابة، ولأن العبد لم يكن منه جناية ولا إتلاف، وكذٰلك الشريك الذي لم يعتق وسبب الإتلاف هو المعتق، فإذا لم يلزمه تقويمه؛ فالعبد

---

(١) سبب الخلاف: هل النقود تتعين بالتعيين أم لا؟ فعلى القول بتعيينها لم يسر؛ لأن المسؤول ملكها عليه بالعقد، فلم يبق في ملك السائل شيء، فصار معسراً، وعلى القول بعدم تعيينها سرى إلى حصة الشريك، كما لو اشترى ذٰلك النصيب بثمن في الذمة؛ لأنه مالك لقيمة حصة الآخر.
انظر: «تقرير القواعد» (٣ / ٣٣١ ـ ٣٣٢ ـ بتحقيقي) لابن رجب الحنبلي، «المحلى» (٩ / ١٩٠ ـ ١٩٩)، «فتح الباري» (٥ / ١٠٧ ـ ١١١)، «المغني» (١٤ / ٣٥١)، «كشاف القناع» (٤ / ٥١٦)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ٥٥٥)، «منتهى الإرادات» (٢ / ٥٨٠)، «الإنصاف» (٧ / ٤٠٩).

(٢) «المعونة» (٣ / ١٤٣٥)، «جامع الأمهات» (ص ٥٢٧)، المراجع في المسألة السابقة.

(٣) «مختصر الطحاوي» (٣٦٧)، «الشروط الصغير» للطحاوي أيضاً (٢ / ٥٩٢ ـ ٥٩٣)، «اللباب» (٣ / ١١٤)، «البناية» (٥ / ٤٩ ـ ٥١)، المراجع في المسألة السابقة.
وذهب ربيعة بن أبي عبدالرحمٰن إلى النقيض من مذهب الحنفية، فقال: عتاقه باطل، كان المعتق له معسراً أو موسراً، قال النووي في «شرح صحيح مسلم» (١٠ / ١٣٧): «وأجمع العلماء على أن نصيب المعتق يعتق بنفس الإعتاق، إلا ما حكاه القاضي (أي: عياض) عن ربيعة أنه قال: لا يعتق نصيب المعتق موسراً كان أو معسراً، وهٰذا مذهب باطل مخالف للأحاديث الصحيحة كلها وللإجماع». وانظر: «نوادر الفقهاء» (١١٦ ـ ١١٧).

أولى.

مسألة ١٨٦٢

للقرعة مدخل في تمييز نصيب الحرية من العتق في مواضع، منها:

أن يعتق ستة أعبد له لا مال له غيرهم في مرضه؛ فيجزؤون ثلاثة أجزاء ويقرع بينهم فيعتق اثنان ويرق أربعة[1]. وقال أبو حنيفة: لا مدخل لإقراع بين العبيد بحال، ولكن يعتق منهم الثلث من كل عبد ويستسعى في قيمة نفسه، فإذا أداها إلى الورثة عتق[2].

فدليلنا حديث عمران بن حصين أن رجلاً أعتق ستة أعبد له في مرضه ولا مال له غيرهم، فبلغ ذلك النبي ﷺ، فأقرع بينهم، فأعتق اثنين وأرق الأربعة[3]. ففيه أدلة:

أحدها: أنه ﷺ أقرع، وعند المخالف أنه لا يقرع.

والثاني: أنه أعتق اثنين كاملين وعندهم أنه لا يعتق رأس كامل.

والثالث: أنه نقل الحكم والسبب ولم ينقل الاستسعاء؛ فدل على أنه غير واجب.

ولأن المريض ممنوع من جميع ماله؛ فلم يكن له أن يعتق[4] كل عبيده إذا كان

---

(١) «المدونة» (٢ / ٣٧٣ ـ ٣٧٤، ٤٠٠)، «التفريع» (٢ / ٢٣)، «الرسالة» (٢٢٥)، «الكافي» (٥٠٦)، «المعونة» (٣ / ١٤٤٣)، «أسهل المدارك» (٣ / ٢٤٧، ٢٦٤)، «مواهب الجليل» (٦ / ٣٢٦)، «الذخيرة» (١١ / ١٧٧)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣ / ٣٦٨).

(٢) «مختصر الطحاوي» (٣٧٤)، «اللباب» (٣ / ١١٦ ـ ١١٧)، «الاختيار» (٤ / ٢٨)، «المبسوط» (٢٩ / ٧١)، «البناية» (١٠ / ٤٨٧)، «رؤوس المسائل» (٥٤١).

(٣) أخرج مسلم في «صحيحه» (كتاب الأيمان، باب من أعتق شركاً له في عبد، رقم ١٦٦٨) عن عمران ابن حصين رفعه، وتكلمت على طرقه وألفاظه في تعليقي على «الطرق الحكمية» تبعاً للإمام ابن القيم رحمه الله تعالى؛ فانظره غير مأمور.

(٤) في الأصل: «يتعلق».

لا يملك غيرهم، فإذا فعل ذلك أعتق منهم الثلث الذي كان يملك التصرف فيه ورق الباقي، ولم يكن بعضهم بأولى من بعض؛ إذ لا مزية لبعضهم على بعض، واحتيج إلى تمييز من يعتق من نصيب الورثة؛ فلم يكن إلى ذلك طريق إلا الإقراع، ولأن ما نقوله أولى لأنا نسوّي بين العبد وبين الورثة لأنا نعتق الثلث ونقر الثلثين وعلى قوله يكون الحظ كله للعبيد لأنه يعتق منهم الثلث ويكون الثلثان في حكم المعتق لأنه لا يملك[١] الورثة التصرف فيها فيتعجل حق العبيد في الثلث ويتأخر حق الورثة في الثلثين إلى أداء القيمة، وذلك مما لا سبيل إليه[٢].

مسألة ١٨٦٣

يعتق بالنسب عموداه من العلو والسفل من بعد ومن قرب والإخوة والأخوات ولا يستقر ملكه عليهم[٣]، وقال داود: لا يعتق بالنسب أحد إلا أن يعتقه المشتري مبتدأ[٤]. وقال الشافعي: يعتق عمود النسب فقط ولا يعتق الإخوة والأخوات[٥].

---

(١) في (ط): «يمكن».

(٢) ما قرره المصنف هو الراجح، و «الإقراع في العتق هو أشهر ما وردت فيه السنة بالإقراع فيه». قاله ابن رجب في «تقرير القواعد» (٣ / ٢٥٨)، وبه قال جماهير أهل العلم سلفاً وخلفاً، وهو مذهب الشافعية.

انظر: «الأم» (٨ / ٥ ـ ٦)، «الوجيز» (٢ / ٢٧٣)، «روضة الطالبين» (١٢ / ١٤٠، ١٥١)، «مغني المحتاج» (٤ / ٥٠٢)، «حلية العلماء» (٦ / ١٧٦ ـ ١٧٧)، «مختصر الخلافيات» (٤ / ١٩٢ / رقم ٣٦٩).

وهذا مذهب الحنابلة.

انظر: «الطرق الحكمية» (٣٣٩، ٣٤١، ٣٤٢ ـ ٣٤٤)، «الإنصاف» (٧ / ٤٢٧)، «المبدع» (٦ / ٣١٦)، «المغني» (١٤ / ٣٨٧ ـ ٣٨٨)، «منتهى الإرادات» (٢ / ٥٩١)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ٥٥٧)، «كشاف القناع» (٤ / ٥٣٠).

(٣) «المدونة» (٣ / ١٤٤٨)، «التفريع» (٢ / ٢٥)، «الرسالة» (٢٢٦)، «الكافي» (٥٠٩)، «أسهل المدارك» (٣ / ٢٦٥ ـ ٢٦٦)، «مواهب الجليل» (٦ / ٣٤٤)، «جامع الأمهات» (ص ٥٢٨ ـ ٥٢٩)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣ / ٣٧١).

(٤) «المحلى» (١٠ / ٢٢٠)، «حلية العلماء» (٦ / ١٧٢).

(٥) «الأم» (٨ / ١٤)، «الإقناع» (٢٠٥)، «المهذب» (٢ / ٥)، «روضة الطالبين» (١٢ / ١٨٨)، =

وقال أبو حنيفة: يعتق عليه كل ذي رحم محرم بالنسب، وهو كل من يجري بينه وبين تحريم الزوجية[(١)].

فدليلنا على وقوع العتق بنفس الملك قوله تعالى: ﴿وَمَا يَنۢبَغِي لِلرَّحۡمَٰنِ أَن يَتَّخِذَ وَلَدًا ...﴾ [مريم: ٩٢] الآية، فنفى عن نفسه تعالى اتخاذ الولد وعلل ذٰلك بأن الكل عبيد له، فاقتضى هٰذا استحالة ملك الولد، فإذا ثبت ذٰلك في الولد [ثبت] في الأب والجد، لأنه لا أحد يفرق[(٢)]، وقوله ﷺ: «من ملك ذا رحم محرم فهو حر»[(٣)]؛

= «مغني المحتاج» (٤ / ٥١٠)، «المجموع» (٩ / ٢٩١)، «حلية العلماء» (٦ / ١٧١)، «نهاية الهداية» (٢ / ١٩٤ ـ ١٩٥)، «الوجيز» (٢ / ١٦٥، ٢٧٥ ـ ٢٧٦)، «مختصر الخلافيات» (٥ / ١٩٤ / رقم ٣٧٠).

(١) «شرح معاني الآثار» (٣ / ١١٠)، «مختصر الطحاوي» (٣٩٢)، «اللباب» (٣ / ١١٤)، «الاختيار» (٤ / ٢٨ ـ ٢٩)، «رؤوس المسائل» (٥٣٩).
وهٰذا مذهب الحنابلة.
انظر: «المغني» (٤ / ٤١٩)، «الإنصاف» (٧ / ٤٣٧)، «منتهى الإرادات» (٢ / ٥٩٤)، «كشاف القناع» (٤ / ٥٣٢).

(٢) كذا في هامش الأصل، وفيه: «فإذا ثبت ذٰلك في الولد في الأب والجد، وفي ذٰلك الولد، لأنه لا أرى أحد يفرق»!! وكذا في المطبوع!!

(٣) أخرجه أحمد (٥ / ١٥، ١٨، ٢٠)، والطيالسي (١٢٠٥ ـ المنحة)، وأبو داود (٣٩٤٩)، والترمذي (١٣٦٥) وفي «العلل الكبير» (١ / ٥٦١)، والنسائي في «الكبرى» (٤٨٩٨ ـ ٤٩٠٢)، وابن ماجه (٢٥٤٤، ٢٥٤٥)؛ في «سننهم»، وابن الجارود في «المنتقى» (٩٧٢)، والطحاوي في «مشكل الآثار» (٥٤٠٠، ٥٤٠١) و«شرح معاني الآثار» (٣ / ١٠٩)، والطبراني في «المعجم الكبير» (٦٨٥٢)، والحاكم في «المستدرك» (٢ / ٢١٤)، والبيهقي في «سننه» (١٠ / ٢٨٩ ـ ٢٩٠) وفي «المعرفة» (٦٠٥٠)؛ من طريق حماد بن سلمة، عن قتادة، عن الحسن، عن سمرة رفعه، وبعضهم قرن مع قتادة عاصماً الأحول.
قال الترمذي: «هٰذا حديث لا نعرفه مسنداً إلا من حديث حماد بن سلمة، وقد روى بعضهم هٰذا الحديث عن قتادة عن عمر شيئاً من هٰذا».
وقال في «العلل» عقبه: «سألتُ محمداً عن هٰذا الحديث؛ فلم يعرفه عن الحسن عن سمرة؛ إلا من حديث حماد بن سلمة. قال: ويروى عن قتادة عن الحسن عن عمر هٰذا الحديث أيضاً».

فعمّ[١].

(فصل)

ودليلنا على وجوب عتق الإخوة والأخوات عموم الخبر[٢]، ولأن الأخوة سبب له مدخل في حجب الأم عن الثلث إلى السدس كالولادة[٣]، ولأن التعصيب يكون من ذكورهم لإناثهم؛ كالولد[٤].

(فصل)

فدليلنا على أن العم والخال وغيرهما لا يعتقون أن كل من حلت لشخص ابنته بالنكاح والملك لم يعتق عليه بالملك، أصله ابن العم، ولأن كل جنس يرث ذكورهم دون إناثهم لم يعتقوا بالملك؛ كبني العم[٥].

= قلت: وكان حماد رفاعاً، ويخشى مما تفرد برفعه، فكيف وهو يشك في ذكر سمرة في إسناده كما قال البيهقي في «السنن»، وقال في «المعرفة» (٧ / ٥٠٤): «والحديث إذا انفرد به حماد بن سلمة ثم يشك فيه، ثم يخالفه من هو أحفظ منه؛ وجب التوقف فيه». قال: وقد أشار البخاري إلى تضعيف هٰذا الحديث. وقال علي بن المديني: هٰذا عندي منكر.
وانظر: «الأحكام الوسطى» (٤ / ١٥)، «تهذيب سنن أبي داود» (٥ / ٤٠٧)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ٥٥٨).
وأخرج الموقوف عن عمر: أبو داود (٣٩٥٠)، والنسائي في «الكبرى» (٣٩٥٠، ٤٩٠٣، ٤٩٠٦ ـ ٤٩١١)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٣/ ١١٠) و «المشكل» (١٣ / ٤٤٥، ٤٤٦).
وانظر: «إتحاف المهرة» (١٢ / ١٠٥)، «مسند الفاروق» (١ / ٣٧٢).

(١) الراجح أن من ملك ذا رحم محرم؛ كالأخ، وابن الأخ، والعم، والعمة، والخال، والخالة، يُعتق عليه، يروى ذٰلك عن عمر كما قدمناه وابن مسعود، أخرجه الطحاوي في «المشكل» (١٣ / ٤٤٧) و «شرح معاني الآثار» (٣/ ١١٠) والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٠ / ٢٩٠).
ولا يُعرف لهما مخالف من الصحابة، وهو قول الحسن وجابر بن زيد وعطاء والشعبي والزهري والحكم وحماد، وإليه ذهب سفيان الثوري وأصحاب الرأي وأحمد وإسحاق. أفاده البغوي في «شرح السنة» (٩ / ٣٦٤).

(٢) الموارد في المسألة السابقة.

(٣) انظر تفصيل ذٰلك في (كتاب المواريث والفرائض).

(٤) انظر مراجع المسألة السابقة.

(٥) «المعونة» (٣/ ١٤٤٩).

مسألة ١٨٦٤

إذا أعتق المسلم عبداً له نصرانياً؛ فالولاء مراعى، فإن أسلم كان ميراثه للمسلم إن مات وإن مات النصراني قبل أن يسلم؛ فلا ولاء للمسلم عليه[١]، وقال الشافعي: يثبت له عليه الولاء ويرثه[٢].

فدليلنا أن الإرث بالنسب مقدم على الإرث بالولاء وآكد منه؛ لأن الولاء مشبه به، وقد ثبت أنه لا توارث بين المسلم والكافر بالنسب؛ فكذٰلك الولاء[٣].

مسألة ١٨٦٥

إذا أعتق عبده عن رجل؛ فالولاء للمعتق عنه أعتقه بإذنه أو بغير إذنه[٤]،

---

(١) «التفريع» (٢ / ٢٦)، «المعونة» (٣ / ١٤٥٦)، «الكافي» (٥١٢)، «أسهل المدارك» (٣ / ٢٥٢)، «بداية المجتهد» (٢ / ٣٦٤)، «جامع الأمهات» (ص ٥٢٨)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣ / ٣٧٠)، «الذخيرة» (١١ / ١٩٦).
وهٰذا مذهب الحنفية.
انظر: «تبيين الحقائق» (٦ / ١٧٨)، «حاشية ابن عابدين» (٦ / ٧٦٤).

(٢) «الأم» (٤ / ١٤٠ ـ ط الفكر)، «المهذب» (٢ / ٢١)، «المجموع» (١٧ / ٣٢)، «الروضة» (٦ / ٢١)، «مختصر الخلافيات» (٥ / ١٩٧ / رقم ٣٧١)، «نهاية الهداية» (٢ / ١٩٩ ـ ٢٠٠)، «فتاوى السبكي» (٢ / ٢٤٣).
وهٰذا مذهب الحنابلة.
انظر: «المغني» (٩ / ٢٣٨، ٢٤٢ ـ ٢٤٣)، «الإنصاف» (٧ / ٣٨٤)، «منتهى الإرادات» (٢ / ٥٧١)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ١٣٨)، «كشاف القناع» (٤ / ٥٠٢).

(٣) استدل الشافعية والحنابلة بما أخرجه الدارقطني (٤ / ٧٤) عن جابر رفعه: «لا يرث المسلم النصراني؛ إلا أن يكون عبده أو أمته».
وقال عقبه: «روي موقوفاً، وهو محفوظ».
وانظر تعليقي على: «سنن الدارقطني» (رقم ٤٠٠٥).
وورد في ذٰلك آثار عن السلف انظرها في: «مصنف عبدالرزاق» (٩ / ٣٩).

(٤) «المدونة» (٣ / ٦٤ ـ ٦٥)، «التفريع» (٢ / ٢٧)، «الكافي» (٥١٣)، «المعونة» (٣ / ١٤٥٤)، «أسهل المدارك» (٣ / ٢٥٢)، «بداية المجتهد» (٢ / ٣٦١) ـ وفيه: «وعمدة مالك أنه إذا أعتقه عنه =

خلافاً لأبي حنيفة[١] والشافعي[٢]؛ لأنه إذا أعتق عبده عن غيره؛ فقد ملكه إياه بشرط العتق عنه؛ فكان كالوكيل، ولأن الولاء جار مجرى النسب؛ فلا يفتقر حصوله لمن لم يحصل له الإذن منه، ولأنه أعتقه عنه من مال نفسه؛ فكان الولاء للمعتق عنه كما لو استأذنه[٣].

مسألة ١٨٦٦

ولاء السائبة[٤] لجماعة المسلمين[٥]، خلافاً لأبي حنيفة[٦] والشافعي[٧]؛ لما قدمناه، ولأن قوله: أنت سائبة مأخوذ من التسيب وإخراج اليد عنه جملة، كالجمل

= فقد ملكه إياه فأشبه الوكيل، ولذلك اتفقوا على أنه إذا أذن له المعتق عنه كان ولاؤه له لا للمباشر» ـ، «جامع الأمهات» (ص ٥٣١)، «الذخيرة» (١١ / ١٨٢).

(١) «مختصر الطحاوي» (٣٩٨)، «تبيين الحقائق» (٦ / ١٧٥).

(٢) «المهذب» (٢ / ٢١)، «المجموع» (١٧ / ٢٩)، «حلية العلماء» (٦ / ٢٥٦).
وهذا مذهب الحنابلة.
انظر: «المغني» (٩ / ٢٢٧)، «الإنصاف» (٧ / ٣٧٩)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ١٣٧)، «منتهى الإرادات» (٢ / ٥٧٨)، «كشاف القناع» (٤ / ٥٠١).

(٣) ثبت في «الصحيحين» عن عائشة؛ قالت: قال رسول الله ﷺ: «إنما الولاء لمن أعتق»، وهذا نص المسألة، قال ابن المنذر في «الإشراف» (رقم ١٦٣١): «وأجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل إذا أعتق عن الرجل عبداً بغير أمره أن الولاء للمعتق».
ولم يذكر خلافاً، وجعل ابن بنت نعيم في «نوادر الفقهاء» (ص ١٢٠) القول بأن الولاء للمُعْتِق عليه من انفرادات مالك، وحكاه في «المدونة» عن يحيى بن سعيد أيضاً.

(٤) هو العبد الذي يقول له سيده: لا ولاء لأحد عليك، أو: أنت سائبة، يريد بذلك عتقه، وأن لا ولاء لأحد عليه. قاله ابن حجر في «الفتح» (١٢ / ٣٢).

(٥) «الموطأ» (٢ / ٧٨٥)، «التفريع» (٢ / ٢٧)، «الرسالة» (٢٢٦)، «الكافي» (٥١٣)، «المعونة» (٣ / ١٤٥٥)، «جامع الأمهات» (ص ٥٣١)، «الذخيرة» (١١ / ١٨٣)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣ / ٣٧١)، «البيان والتحصيل» (١٤ / ٤٨٩ و١٥ / ١١١).

(٦) «الاختيار» (٤ / ٤٣)، «مختصر الطحاوي» (٣٩٧)، «اللباب» (٣ / ١٣٦).

(٧) «المهذب» (٢ / ٢١)، «حلية العلماء» (٦ / ٢٤٩)، «السنن الكبرى» (١٠ / ٣٠٠ ـ ٣٠١) للبيهقي.

المسيب الذي لا يعرض له كما كانت العرب تفعله وما دام الولاء ثابتاً له عليه؛ فلم يحصل المعنى المقصود[١].

مسألة ١٨٦٧

لا مدخل للنساء في الإرث بالولاء، فإذا ترك ابناً ومولى وابنته؛ فالميراث للابن دون البنت[٢]، وقال طاوس[٣] وشريح[٤]: الولاء بينهما كوراثة المال.

فدليلنا أن الميراث بالنسب أقوى من الميراث بالولاء، بدليل أنه مشبه به، وأنه لا يورث بالولاء إلا مع عدم ما يورث به من النسب، وإذا ثبت ذٰلك ثم لم يكن للنساء مدخل في التوريث [بما تراخى من النّسب، كان بأن لا يكون لهن مدخل في التوريث]؛ بما تراخى من النسب أولى[٥].

---

(١) انظر ما ورد عن السلف في المسألة: «مصنف عبدالرزاق» (٩ / ٢٥ ـ ٣٠).

(٢) «التفريع» (٢ / ٢٦)، «الرسالة» (٢٢٦)، «الكافي» (٥١٢)، «المعونة» (٣ / ١٤٥١)، «جامع الأمهات» (ص ٥٣٢)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣ / ٣٧٣).

(٣) أسند عبدالرزاق في «المصنف» (٩ / ٣٧، ٣٧ ـ ٣٨ / رقم ١٦٢٦٦، ١٦٢٦٧) عن طاوس؛ قال: «ترث المرأة من الولاء».
ووقع عليه خلاف، وأسند الدارمي (٣٣٨٠) عنه ما يخالفه، والمشهور هو المذكور.
وأخرجه عبدالرزاق أيضاً (٨ / ٤٢٢، ٤٢٢ ـ ٤٢٣) والبيهقي (١٠ / ٣٤١) عنه من طرق أخرى بمعناه.
وحكاه الشاشي في «حلية العلماء» (٦ / ٢٥٠).

(٤) أسند عبدالرزاق (٩ / ٣٧) عنه: لا ترث النساء من الولاء إلا ما كاتبن أو أعتقن، وحكاه الشاشي في «حلية العلماء» (٦ / ٢٥٠).
وهٰذا رواية عن أحمد.
انظر: «المغني» (٩ / ٢٣٨، ٢٤٢ ـ ٢٤٣)، «الإنصاف» (٧ / ٣٨٤)، «منتهى الإرادات» (٢ / ٥٧١)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ١٣٨)، «كشاف القناع» (٤ / ٥٠٢).

(٥) ما قرره المصنف هو الراجح؛ لأن الولاء تعصيب ينقل إلى العصبات، وليس النساء عصبة، ولو كان معتبراً بالمال لانتقل إلى الزوج والزوجة كالمال، ولم يقل ذٰلك أحد، فصار حق توريثهن مدفوعاً بالإجماع، وهٰذا هو مذهب الحنفية.
انظر: «تبيين الحقائق» (٦ / ١٧٨)، «حاشية ابن عابدين» (٦ / ٧٦٤).

مسألة ١٨٦٨

الولاء مستحق بالقرب والابن أولى به من ابن الابن، ولا يستحق البطن الثاني شيئاً ما بقي أحد من البطن الأعلى[(١)]، وقال شريح[(٢)]: يشتركان فيه كإرث المال.

فدليلنا أن الولاء مع اختصاصه بالتعصيب يختص بمن قوي تعصيبه وقرب دون من بعد عنه، بخلاف الميراث؛ لأن الجد لا يرث بالولاء مع الابن ويرث معه في المال؛ فثبت أن الولاء طريقه طريق الولايات؛ فهو للأقرب فالأقرب، و[لأن] ما يستحق بالتعصيب شيئان ميراث وولاية أما في نكاح أو قصاص، وفي كل ذٰلك لا يدخل أبناء الأبناء مع وجود آبائهم وعمومتهم؛ فكذٰلك الإرث به[(٣)].

مسألة ١٨٦٩

المولى الأسفل لا يرث[(٤)]، وقال طاوس[(٥)]: يرث.

فدليلنا أن الإرث بالولاء يستحق بالإنعام والمولى من أسفل لا إنعام له، بل

= وهو مذهب الشافعية أيضاً.

انظر: «المجموع» (١٧ / ٣٢)، «روضة الطالبين» (٦ / ٢١)، «نهاية الهداية» (٢ / ١٩٨).

وبه قال جمع من التابعين مثل إبراهيم النخعي والشعبي.

انظر: «مصنف عبدالرزاق» (٨ / ٤٢٢)، «سنن الدارمي» (كتاب الفرائض، باب ما للنساء من الولاء، ١٠ / ٢٧١ ـ ٢٧٧ ـ مع «فتح المنان»).

(١) «الموطأ» (٢ / ٧٨٤)، «المدونة» (٣ / ٨١ ـ ٨٢)، «التفريع» (٢ / ٢٦)، «الرسالة» (٢٢٦)، «الكافي» (٥١٢)، «المعونة» (٣ / ١٤٥٢)، «جامع الأمهات» (ص ٥٣١، ٥٣٢)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣ / ٣٧١)، «الذخيرة» (١١ / ٢٠٤)، «الشرح الصغير» (٢ / ٥١٢).

(٢) «حلية العلماء» (٦ / ٢٥٣).

(٣) ورد ما قرره المصنف عن جمع من السلف.

انظر: «مصنف عبدالرزاق» (٩ / ٣٠ ـ ٣٥).

(٤) مراجع المسألة السابقة.

(٥) «حلية العلماء» (٦ / ٢٥٠)، «نهاية الهداية» (١ / ٢٩٥) ـ وفيه: «لٰكن ردوه عليه، بأن الإرث إنما يكون لأسباب، وهي منتفية من العبد، وفيه نظر (لعله يقصد بذٰلك أنه قد يكون العبد قريباً)، ولا يورّث إذ لا مُلْكَ له، أو له ملك، لٰكنه غيرُ مستقر» ـ.

هو منعم عليه؛ فلم يستحق الميراث[١].

مسألة ١٨٧٠

جر الولاء ثابت للأب[٢]، خلافاً لما يحكي عن رافع بن خديج[٣] وعكرمة[٤] ومجاهد[٥]؛ لأن ذٰلك إجماع حكم عمر[٦]

---

(١) ما قرره المصنف هو الصحيح، وهٰذا مذهب الحنفية والشافعية والحنابلة.
انظر: «تبيين الحقائق» (٦ / ٢٣٩)، «حاشية ابن عابدين» (٦ / ٧٦٦)، «تحفة المحتاج» (٦ / ٤١٧)، «المغني» (٦ / ٢٦٦ ـ ط مكتبة الرياض)، «الكافي» لابن قدامة (٢ / ٥٥٨).

(٢) «المعونة» (٣ / ١٤٥٨)، «جامع الأمهات» (ص ٥٣٢)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣ / ٢٧٣)، «الذخيرة» (١١ / ٢٠٤).
وفي الأصل والمطبوع: «للابن»!!

(٣) حكاه عنه الشاشي في «حلية العلماء» (٦ / ٢٥٤)، وسيأتي تخريجه قريباً إن شاء الله تعالى.

(٤) أسنده عنه عبدالرزاق في «المصنف» (٩ / ٤٤ / رقم ١٦٢٩٣).

(٥) أخرج عبدالرزاق في «المصنف» (٩ / ٤٦ / رقم ١٦٢٩٩) عن سعيد بن جبير و مجاهد؛ قالا: «الولاء لأهل أُمهم أبداً؛ غير أنّ الأب يجرُّ الولاءَ ما كان حيّاً».

(٦) أخرج عبدالرزاق (٩ / ٤٠ / رقم ١٦٢٧٦، ١٦٢٧٧)، وابن أبي شيبة (٧ / ٣٩٤ ـ ط دار الفكر، و١١ / ٣٩٧ ـ ط الهندية)، والدارمي في «السنن» (١٠ / ٢٩٠ / رقم ٣٤١٥، ٣٤١٧ ـ مع «فتح المنان»)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٠ / ٣٠٦)؛ عن إبراهيم، عن عمر بن الخطاب: أنه سئل عن العبد يعتق وله أولاد وأمهم حرّة، قال: «إذا عتق الأب جرّ الولاء».
وإسناده منقطع.
إبراهيم لم يسمع عمر، ولٰكنه ورد موصولاً.
أخرجه ابن أبي شيبة في «المصنف» (١١ / ٣٩٧ ـ ط الهندية، و٧ / ٣٩٤ ـ ط دار الفكر)، والدارمي في «السنن» (رقم ٣٤١٤ ـ مع «فتح المنان»)، وأبو القاسم البغوي في «الجعديات» (١٩٠)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٠ / ٣٠٧)؛ من طريق إبراهيم، عن الأسود بن يزيد، عن عمر؛ قال: «إذا تزوج المملوك الحرة فولدت أولاداً أحراراً ثم عتق بعد ذٰلك؛ رجع الولاء لموالي أبيهم».
وهٰذا إسناد صحيح.
ولٰكن رواه جابر الجعفي عن الشعبي عن الأسود عن ابن مسعود؛ قال: «يجرُّ الأب الولاء إذا أعتق».

وعثمان[١] وعلي[٢] وابن مسعود[٣]، وفي حديث الزبير: أنه مر بقنية[٤]، فسأل عنهم، فقيل: هم موالي رافع وأبوهم عبد للحرّة[٥]، فاشترى الزبير أباهم فأعتقه، وقال لهم: انتسبوا إليَّ فأنا مولاكم. فقال رافع: بل هم موالي أنا أعتقت أمهم. فاختصما إلى عثمان، فقضى بالولاء للزبير[٦] ولم يخالف عليه أحد.

ولأن انتساب الولد إلى قبيلة أمه وجهتها لعدم ذٰلك من جهة الأب بدليل أنه لو

= أخرجه عبدالرزاق (٩ / ٤٠ / رقم ١٦٢٧٨، ١٦٢٧٩)، وابن أبي شيبة (٧ / ٣٩٥)، والبيهقي (١٠ / ٣٠٧)، وقال: «ويحتمل أن يكون الأسود حدثه عن عمر ابن مسعود جميعاً».

وأخرج ابن أبي شيبة (١١ / ٣٩٧ ـ ط الهندية أو ٧ / ٣٩٥ ـ ط دار الفكر) عن أشعث عن الشعبي عن عمر وعلي وعبدالله وزيد كانوا يقولون: إذا لحقته العتاقة وله أولاد من حرة جرَّ ولاءهم. فقلت للشعبي: فالجد؟ (وهي المسألة الآتية). قال: الجد يجرّ كما يجر الأب.

وأشعث هو ابن سوّار الكندي، ضعيف.

وأخرجه الدارمي (٣٤٠٧، ٣٤٠٨، ٣٤٠٩) من طريقه أيضاً، وأسقط ذكر ابن مسعود فيه.

(١) سيأتي تخريجه في قصته مع الزبير.

(٢) أخرج عبدالرزاق في «المصنف» (٩ / ٤١ / رقم ١٦٢٨٠)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٠ / ٣٠٧)؛ عن يزيد الرشك، أنّ علي بن أبي طالب قضى أن ولاءهم إلى أبيهم جر، وأنه جر الولاء حين عتق».

ورجاله ثقات؛ إلا أن سماع يزيد من علي فيه نظر، وللأثر طرق أخرى يصح بها عند ابن أبي شيبة (١١ / ٣٩٨ ـ ط الهندية، أو ٧ / ٢٩٥ ـ ط دار الفكر)، والبيهقي (١٠ / ٣٠٧).

(٣) مضى في تخريج أثر عمر رضي الله عنه.

(٤) كذا في مصادر التخريج و(ط)، وفي الأصل والمطبوع: «بفتية».

(٥) كذا في مصادر التخريج و(ط)، وفي الأصل والمطبوع: «عبد للحرقة».

(٦) أخرجه مالك في «الموطأ» (٢ / ٧٨٢ ـ رواية يحيى، ورقم ٢٧٥١ ـ رواية أبي مصعب)، وعبدالرزاق (١٦٢٨١ ـ ١٦٢٨٤)، وابن أبي شيبة (٧ / ٣٠٥) في «مصنفيهما»، والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٠ / ٣٠٧).

وهو صحيح بشواهده.

وروي من مرسل الزهري خلافه، وفيه: «الولاء لا يجر».

أخرجه البيهقي، وقال: «كذا قال، والرواية الأولى عن عثمان رضي الله عنه أصح بشواهدها، ومراسيل الزهري ردية»، وقال عن الرواية الأولى: «هٰذا هو المشهور عن عثمان رضي الله عنه».

أمكن ذٰلك في الابتداء لم ينتسب إلى الأم، وأنه إذا عاد إمكانه في ولد الملاعنة عاد الانتساب إلى الأب، وإذا ثبت ذٰلك ثم كان غير ممكن في هٰذا الموضع لرق الأب فيجب إذا زال المعنى المانع أن يزول ما امتنع لأجله ويعود النسب إلى الأب.

مسألة ١٨٧١

ويثبت جر الولاء للجد[١]، خلافاً لأبي حنيفة[٢] والشافعي في أحد قوليه[٣]؛ لأن النسب يرجع إليه فصح جره للولاء؛ كالأب.

مسألة ١٨٧١ / م

إذا جر الأب أو الجد الولاء للولد غير موالي الأم ثم عدم هو وعصبته لم يعد الولاء إلى موالي الأم[٤]، وحكي عن ابن عباس: أنه يعود إليهم[٥].

فدليلنا أن الولاء يثبت لموالي الأب والولاء إذا ثبت لم ينتقل إلا إلى عصبة هي أولى ممن ثبت له وموالي الأم ليسوا بأولى من موالي الأب، فلم ينتقل الولاء عنهم إليهم.

مسألة ١٨٧١ / م ٢

إذا تزوج حر لا ولاء عليه بمعتقة، فأولدها ولداً، فإن الولد يكون حراً لا ولاء عليه[٦]، وقال أبو حنيفة: إن كان الأب عربي الأصل لم يثبت على الولد ولاء، وإن

---

(١) «الموطأ» (٢ / ٧٨٣)، «المعونة» (٣ / ١٤٥٩)، «جامع الأمهات» (ص ٥٣٢)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣ / ٣٧١)، «الذخيرة» (١١ / ٢٠٤).

(٢) «مختصر الطحاوي» (٣٩٨)، «اللباب» (٣ / ١٣٧)، «الاختيار» (٤ / ٤٣).

(٣) «مختصر المزني» (٣٢٢)، «حلية العلماء» (٦ / ٢٥٤)، «الحاوي الكبير» (٢٢ / ١١٠).

(٤) مراجع المسألة السابقة.

(٥) حكاه ابن قدامة في «المغني» (٦ / ٣٧٣).
وانظر: «موسوعة فقه ابن عباس» (٢ / ٤٦٨).

(٦) «الذخيرة» (١١ / ٢٠٠ ـ ٢٠١).

كان أعجمياً ثبت على الولد الولاء لموالي أمه[١].

فدليلنا أن حرية الأب لو طرأت على الولاء الثابت لموالي الأم لإزالته فلأن يمنع أن يثبت لهم الولاء في الابتداء أولى.

مسألة ١٨٧١ / م ٣

وقال الشافعي: الميراث لبيت المال إذا عدم الموالي وعصباتهم ورث بموالي الأب[٢].

فدليلنا أن موالي الأب قد ثبت لهم الولاء على الأب، فجر ذلك إلى ثبوته على ولده؛ كالجد.

مسألة ١٨٧٢

مولى الموالاة لا يرث[٣]، خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إنهما يتوارثان ويتعاقلان، وإن لهما فسخ الموالاة ما لم يعقل أحدهما عن الآخر[٤]. لقوله ﷺ: «إنما الولاء لمن أعتق»[٥].

ولأن الموالاة سبب لا يورث به مع وجود النسب[٦]؛ فكذلك مع فقده، أصله إذا أسلم على يده رجل عكسه الزوجية، ولأن المسلمين يعقلون عنه؛ فلم يكن له نقل ميراثهم عنه بالموالاة؛ كالعصبة من النسب.

---

(١) «حاشية ابن عابدين» (٦ / ٧٧٩).

(٢) «روضة الطالبين» (١٢ / ١٧١)، «نهاية الهداية» (٢ / ٢٠٦ ـ ٢٠٧).

(٣) «التفريع» (٢ / ٢٦)، «المعونة» (٣ / ١٤٥٦)، «جامع الأمهات» (٥٣٢).

(٤) «مختصر الطحاوي» (٣٩٩ ـ ٤٠٠)، «اللباب» (٢ / ١٣٩)، «الاختيار» (٤ / ٤٣).

(٥) أخرجه البخاري في «صحيحه» (كتاب العتق، باب ما يرث النساء من الولاء، رقم ٢٥٦٥)، ومسلم في «صحيحه» (كتاب العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق، رقم ١٥٠٤)؛ عن عائشة مرفوعاً.

(٦) في الأصل والمطبوع: «السبب» والمثبت من (ط).

مسألة ١٨٧٣

من أسلم على يد رجل؛ فلا ولاء له عليه[١]، خلافاً لأحمد وإسحاق[٢] للخبر[٣]، ولأن الولاء يستحق بالإنعام بالعتق وهو معدوم ها هنا.

مسألة ١٨٧٤

الأخ وابن الأخ يقدمون في الإرث بالولاء على الجد[٤]، خلافاً لأبي حنيفة[٥] والشافعي[٦]؛ لأن بعضهم أقوى وأقرب إليهم لأنهم يدلون ببنوة الأب والجد يدلي بالأبوة والإدلاء بالبنوة أقوى من الإدلاء بالتعصيب بالأبوة[٧].

* * * * *

(١) «المعونة» (٣ / ١٤٥٦)، «جامع الأمهات» (ص ٥٣١).

(٢) «المغني» (٦ / ٣٨٠).

(٣) المتقدم في المسألة السابقة.

(٤) «الموطأ» (٢ / ٧٨٤)، «المدونة» (٣ / ٨١ ـ ٨٢)، «التفريع» (٢ / ٢٦)، «الرسالة» (٢٢٦)، «الكافي» (٥١٢)، «المعونة» (٣ / ١٤٥٢)، «جامع الأمهات» (ص ٥٣٢)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣ / ٣٧٣)، «الذخيرة» (١١ / ١٨٨).

(٥) «مختصر الطحاوي» (٣٩٩ ـ ٤٠٠)، «اللباب» (٣ / ١٣٧)، «الاختيار» (٤ / ٤٣).

(٦) «مختصر المزني» (٣٢١ ـ ٣٢٢)، «حلية العلماء» (٦ / ٢٥٤).

(٧) انظر ما ورد عن السلف في المسألة: «مصنف عبدالرزاق» (٩ / ٤٦ ـ ٤٧).

كتاب المدبر

مسألة ١٨٧٥

لا يجوز بيع المدبَّر، ولا نقض تدبيره[1] خلافاً للشافعي[2]؛ لقوله تعالى: ﴿أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المائدة: ١]، وقوله ﷺ: «المدبر لا يباع ولا يوهب»[3]، ولأن

---

(١) هٰذا في حياة السيد.

وانظر: «المدونة» (٣ / ٣٧)، «التفريع» (٢ / ٩)، «الكافي» (٥١٧)، «المعونة» (٣ / ١٤٨١)، «أسهل المدارك» (٣ / ٢٦٥)، «مواهب الجليل» (٦ / ٣٤٤)، «جامع الأمهات» (ص ٥٣٣)، «الذخيرة» (١١ / ٢٢٨).

وهٰذا مذهب الحنفية في المدبَّر المطلق، وبيع المدبَّر المقيد عندهم يجوز، وهو أن يقول: إن متّ من مرضي فأنت حر، أو في سفري هٰذا أو أنت حر قبل موتي بعشرة أيام.

انظر: «مختصر القدوري» (٨٥)، «المبسوط» (٧ / ١٧٩)، «الاختيار» (٤ / ٢٨)، «اللباب» (٣ / ١٢٠)، «مجمع الأنهر» (١ / ٥٣١)، «بدائع الصنائع» (٥ / ٢٤١٨)، «جُمل الأحكام» (٢٧١).

(٢) «مختصر المزني» (٣٢٢)، «المهذب» (٢ / ٩)، «الإقناع» (٢٠٦)، «روضة الطالبين» (١٢ / ١٨٨)، «مغني المحتاج» (٤ / ٥١٠)، «المجموع» (٩ / ٢٩١)، «حلية العلماء» (٦ / ١٨١)، «مختصر الخلافيات» (٥ / ٢٠٠ / رقم ٣٧٢).

وهٰذا مذهب الحنابلة.

انظر: «المغني» (١٤ / ٤١٩)، «الإنصاف» (٧ / ٤٣٧)، «منتهى الإرادات» (٢ / ٥٩٤)، «كشاف القناع» (٤ / ٥٣٢)، «تقرير القواعد» (٣ / ٣٩٢ ـ بتحقيقي).

(٣) أخرجه الدارقطني (٤ / ١٣٨)، ومن طريقه البيهقي (١٠ / ٣١٤) في «سننهما»؛ عن ابن عمر مرفوعاً بزيادة في آخره: «وهو حر من الثلث».

وإسناده ضعيف.

فيه عَبيدة بن حسان، لم يسنده غيره وهو ضعيف، وإنما هو عن ابن عمر موقوف من قوله: أفاده=

عتقه معلق بموت سيده على الإطلاق كأم الولد[1].

= مخرِّجاه.

وانظر: «نصب الراية» (٣ / ٢٥٨)، «التلخيص الحبير» (٤ / ٢١٥)، «السلسلة الضعيفة» (١٦٤)، تعليقي على «سنن الدارقطني» (٤١٨٠، ٤١٨١).

(١) الراجح جواز بيع المدبَّر؛ لعدم ثبوت الخبر الذي عند المصنف، ولثبوت النصوص بجواز ذٰلك، ومن أشهرها حديث جابر بن عبدالله.

أخرج البخاري (٦٣٣٨) ومسلم (٩٩٧ بعد ٩٥) في «صحيحيهما» عنه؛ قال: دبر رجل من الأنصار عبداً له لم يكن له مال غيره، فباعه رسول الله ﷺ. قال جابر: «اشتراه ابن النحام عبداً قبطياً مات عام أول في إمارة ابن الزبير.

وأخرج البخاري (٦٥٤٨)، ومسلم (٩٩٧ بعد ٥٨) ـ واللفظ له ـ في «صحيحيهما» أيضاً عن عمرو بن دينار عنه: أن رجلاً من الأنصار أعتق غلاماً له عن دبر، ولم يكن له مال غيره، فبلغ ذٰلك النبي ﷺ، فقال: «من يشتريه مني؟». فاشتراه نعيم بن عبدالله بثمان مئة درهم، فدفعها إليه، قال: سمعت جابر بن عبدالله يقول: عبداً قبطياً مات عام أول.

وأخرج البخاري (٦٧٦٣) ومسلم (٩٩٧) في «صحيحيهما» أيضاً عن عطاء عن جابر رضي الله عنه: أن رجلاً أعتق غلاماً له عن دبر، فاحتاج فأخذه رسول الله ﷺ، فقال: «من يشتريه مني؟». فاشتراه منه نعيم بن عبدالله بثمان مئة درهم، فدفع إليه ثمنه».

وفي «صحيح مسلم» (٩٩٧ بعد ٤١) عنه: أن رجلاً من الأنصار أعتق غلاماً عن دبر، وكان محتاجاً، فذكر ذٰلك لرسول الله ﷺ، فدعاه فقال: «أعتقت غلامك؟». فقال: «نعم». فقال النبي ﷺ: «أنت أحوج إليه». ثم قال: «من يشتريه؟». فقال نعيم بن عبدالله: أنا. فاشتراه، فأخذ النبي ﷺ ثمنه فدفعه إلى صاحبه.

وعند مسلم (٩٩٧) أيضاً عنه قال: «أعتق رجل من بني عذرة عبداً له عن دبر، فبلغ ذٰلك رسول الله ﷺ فقال: «ألك مال غيره؟». فقال: لا. فقال: «من يشتره مني؟». فاشتراه نعيم بن النحام العدوي بثمان مئة درهم، فجاء بها إلى رسول الله ﷺ فدفعها إليه، ثم قال: «ابدأ بنفسك، فتصدق عليها، فإن فضل شيء فلأهلك، فإن فضل عن أهلك شيء فلذي قرابتك، فإن فضل عن ذي قرابتك الشيء فهٰكذا وهٰكذا يقول، فبين يديك وعن يمينك وعن شمالك».

أخرج مالك في «الموطأ» (٨٤٣ ـ رواية محمد بن الحسن)، والشافعي في «مسنده» (٢ / ٦٧) و «الأم» (٧ / ٢٤٣ ـ مختصراً)، وأحمد في «المسند» (٦ / ٤٠)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٠ / ٣١٣ ـ مختصراً)؛ عن عمرة، عن عائشة رضي الله عنها: أصابها مرض، وإن بعض بني أخيها ذكروا شكواها لرجل من الزط يتطبب، وأنه قال لهم: إنكم لتذكرون امرأة مسحورة، سحرتها =

مسألة ١٨٧٦

يعتق المدبَّر في الثلث[(١)]، خلافاً لمسروق[(٢)] وداود[(٣)]؛ لما روى أبو قلابة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «المدبر من الثلث»[(٤)]، ولأن كل عتق بعد

= جارية لها في حجر الجارية الآن صبي قد بال في حجرها، فذكروا ذلك لعائشة رضي الله عنها، فقالت: ادعوا لي فلانة لجارية لها. فقالوا في حجرها فلان صبي لهم قد بال في حجرها، فقالت: ايتوني بها. فقالت: سحرتيني؟ قالت: نعم. قالت: لمه؟ قالت: أردت أن أعتق. وكانت عائشة رضي الله عنها أعتقتها عن دبر منها، فقالت: إن لله علي أن لا تعتقين أبداً، انظروا أسوأ العرب ملكة فبيعوها منهم، واشترت بثمنها جارية فأعتقتها».

قال الشافعي رحمه الله في «الأم» (٨ / ١٦ ـ ١٧): «جابر بن عبدالله وعائشة رضي الله عنهما وعمر بن عبدالعزيز وابن المنكدر وغيرهم يبيعه بالمدينة، وعطاء وطاوس ومجاهد وغيرهم من المكيين، وعندك بالعراق من يبيعه؛ يعني: المدبر». وانظر: «تنقيح التحقيق» (٣ / ٥٩٩).

(١) «الموطأ» (٢ / ٨١١)، «المدونة» (٣ / ٣٩)، «التفريع» (٢ / ١٠)، «الرسالة» (٢٢٣)، «الكافي» (٥١٧)، «المعونة» (٣ / ١٤٨٢)، «جامع الأمهات» (ص ٥٣٤)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣ / ٣٧٩)، «الذخيرة» (١١ / ٢١١).

(٢) أخرج سعيد بن منصور في «السنن» (رقم ٤٦٣) عن مسروق؛ قال: «المدبَّر من جميع المال». وأخرج (٤٦٢) وعبدالرزاق (٩ / ١٣٦ / رقم ١٦٦٥٢) عنه: «المدبر فارغ من المال».

(٣) «المحلى» (٦ / ١٨٣)، وعزاه الشاشي في «حلية العلماء» (٦ / ١٨٣) لإبراهيم النخعي وداود وسعيد بن جبير، وأسنده سعيد بن منصور (٤٧٠) والدارمي (رقم ٣٥٣٣ ـ مع «فتح المنان») في «سننهما» عن إبراهيم النخعي؛ قال: «من جميع المال»، وثبت عنه «من الثلث» عندهما أيضاً، وهو المشهور.

وأما مذهب سعيد بن جبير؛ فأخرج سعيد بن منصور (٤٧٤) والدارمي (رقم ٣٥٣٨ ـ مع «فتح المنان») في «سننهما» عنه؛ قال: «من جميع المال».

(٤) أخرجه عبدالرزاق (٩ / ١٣٨ / رقم ١٦٦٥٧، ١٦٦٥٨)، وابن أبي شيبة (٥ / ٢١٩) في «مصنفيهما»، وأبو داود في «المراسيل» (رقم ٣٥١)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٠ / ٣١٤)؛ من مرسل أبي قلابة، وهو ضعيف لإرساله.

وأخرجه ابن ماجه (٢٥١٤)، والدارقطني (٤ / ١٣٨)، والبيهقي (١٠ / ٣١٤)، والدارمي (رقم ٣٥٣٢ ـ مع «فتح المنان») في «سننهم»، والعقيلي في «الضعفاء الكبير» (٣ / ٢٣٤)، والطبراني في «المعجم الكبير» (١٢ / ٣٦٧ رقم ١٣٣٦٥)، والخطيب في «تاريخه» (١١ / ٤٤٤)، وابن عدي في «الكامل» (٥ / ١٨٣٣)، والمزي في «تهذيب الكمال» (٢٠ / ٥٠٢) عن ابن عمر مرفوعاً.

الموت بالقول[١] من الثلث كالموصى بعتقه، ولأن العتق بتلافي المرض آكد من التدبير، تمّ اعتبارها من الثلث؛ فالتدبير أولى، ولأنه عطية تتنجّز بعد الموت؛ فكانت من الثلث؛ كالوصية[٢].

مسألة ١٨٧٧

إذا مات السيد و عليه دين يباع جميع المدبَّر إن استغرقه، وإلا؛ فبقدر ما يحيط به منه[٣]، وقال أبو حنيفة: لا يباع في الدين، ولٰكن يسعى للغرماء، فإذا أوفى عتق[٤].

= قال ابن ماجه: «سمعت ابن أبي شيبة يقول: هٰذا خطأ»، قال: «ليس له أصل» أي مرفوعاً»، وقال العقيلي: «لا يعرف إلا به، أي: علي بن ظبيان ـ قال ابن معين: ليس بشيء، وقال البخاري: منكر الحديث».

وقال أبو زرعة: «هٰذا حديث باطل»، وامتنع من قراءته.

انظر: «العلل» (٢ / ٤٣٢) لابن أبي حاتم.

وقال ابن الملقن في «خلاصة البدر المنير» (٢ / ٤٦٠): «وأطبق الحفاظ على أن الصحيح رواية الوقف».

(١) في هامش الأصل: «لعل الأصل: يكون».

(٢) في الباب عن الشعبي أن علياً جعل المدبر من الثلث.

أخرجه عبدالرزاق (٩ / ١٣٧ / رقم ١٦٦٥٣)، وابن أبي شيبة (٥ / ٢١٨)، والبيهقي (١٠ / ٣١٤)، وعند البيهقي عن ابن مسعود: يعتق من ثلثه.

وقال بهٰذا جمع من التابعين، كما عند ابن أبي شيبة وعبدالرزاق وسعيد بن منصور في «سننه» (١ / ١٣٢ ـ ١٣٣ ـ ط الأعظمي).

وهو مذهب جماهير العلماء.

انظر: «بدائع الصنائع» (٥ / ٢٤٢٦)، «فتح القدير» (٨ / ٣٧٦)، «جُمل الأحكام» (٢٧٢).

(٣) «المدونة» (٣ / ٣٧)، «التفريع» (٢ / ٩)، «الكافي» (٥١٧)، «المعونة» (٣ / ١٤٨٢)، «جامع الأمهات» (ص ٥٣٣)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣ / ٣٧٨ ـ ٣٧٩)، «الذخيرة» (١١ / ٢٤٥).

(٤) «مختصر الطحاوي» (٣٨١)، «اللباب» (٣ / ١٢١)، «جمل الأحكام» (٢٧٢)، «بدائع الصنائع» (٥ / ٢٤٢٣).

وانظر: «حلية العلماء» (٦ / ١٨٥).

فدليلنا أن التدبير لا ينفي الوصية والدين مقدم عليها، وفي تقديم العتق على الدين تقديم للوصية؛ لأن العبد يستعجل العتق ويحصل الغرماء على سعاية متأخرة وانتزاع العبد منهم وإحالتهم على سعاية لا يدري أتحصل أم لا بغير رضاهم وإلزام العبد الاستسعاء بغير جناية كانت منه وذٰلك باطل؛ فلم يبق إلا ما قلناه[١].

مسألة ١٨٧٨

ولد المدبَّرة إذا حدثوا بعد التدبير تبع لها[٢]، خلافاً للشافعي[٣]؛ لأن ذٰلك مبني على أن التدبير لا يفسخ وكل عقد ثبت للأم لا سبيل إلى فسخه، فإن الولد يتبعها فيه، أصله الكتابة[٤].

* * * * *

(١) سبب الخلاف في المسألة: التدبير، هل هو وصية أو عتق بصفة؟!
انظر: «تقرير القواعد» (٣/ ٣٩١، ٣٩٢ ـ بتحقيقي).

(٢) «الموطأ» (٢/ ٨١٠)، «المنتقى» (٧/ ٣٩)، «المدونة» (٣/ ٣٩)، «التفريع» (٢/ ٩)، «الكافي» (٥١٧)، «المعونة» (٣/ ١٤٨٣)، «جامع الأمهات» (ص ٥٣٤)، «الذخيرة» (١١/ ٢٤٢)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣/ ٣٨٠)، «شرح الزرقاني على مختصر خليل» (٨/ ١٤٣).

(٣) هو أحد قولي الشافعي.
انظر: «الأم» (٨/ ٢٥ ـ ٢٦)، «مختصر المزني» (٣٢٣)، «الحاوي الكبير» (٢٢/ ١٤٧)، «تكملة المجموع» (١٦/ ١٥ ـ ١٦)، «حلية العلماء» (٦/ ١٨٦).
وهٰذا أحد الروايتين عند الحنابلة، والمشهور أنه يتبعها.
انظر: «المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين» (٣/ ١١٨ ـ ١١٩)، «تقرير القواعد» (٣/ ٣٩٦ ـ ٣٩٧ ـ بتحقيقي)، «الإنصاف» (٧/ ٤٣٩ ـ ٤٤٠).

(٤) قال ابن بنت نعيم في «نوادر الفقهاء» (ص ١٢٢ ـ ١٢٣): «وأجمع الصحابة رضي الله عنهم أنّ ما ولدت المدبَّرة في خلال تدبيرها يعتقون بعتقها، ويرقون برقّها، وإنما جاء الاختلاف بعدهم».
انظر: «مصنف عبدالرزاق» (٩/ ١٤٤ ـ ١٤٥)، «الإفصاح» (٢/ ٣٧٣)، «اختلاف الفقهاء» (ص ٤٧ ـ ٥٠) للطبري، «الإشراف» (رقم ٦٣٨) لابن المنذر، «المغني» (٩/ ٣٩٧ ـ ٣٩٨)، «البناية» (٥/ ١٢٨ ـ ١٢٩).

كتاب المكاتب[١]

مسألة ١٨٧٩

الكتابة مستحبة غير واجبة[٢]، وقال بعض التابعين: يلزم السيد إجابة العبد إليها إذا سألها بقيمته[٣]، وهو قول

---

(١) معناه: جمع حرية الرقيق في المال إلى حرية اليد في الحال، أي: تحرير المملوك يداً في الحال ورقبة في المآل. انظر: «البحر الرائق» (٨ / ٤٥).
وعرفها ابن عرفة بقوله: «الكتابة عتق على حالٍ مؤجَّل من العبد موقوف على أدائه». انظر: «شرح حدود ابن عرفة» (٢ / ٦٧٦) للرصاع.

(٢) «التفريع» (٢ / ١٣)، «الكافي» (٥٢٠)، «المعونة» (٣ / ١٤٦٣)، «جامع الأمهات» (ص ٥٣٥)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣ / ٣٨٣)، «الذخيرة» (١١ / ٢٧٢).

(٣) «المغني» (٩ / ٤١١).
وذكره الشاشي في «حلية العلماء» (٦ / ١٩٥) من قول عمرو بن دينار وعطاء.
وأخرج عبدالرزاق في «المصنف» (٨ / ٣٧١ / رقم ١٥٥٧٦)؛ قال: أخبرنا ابن جريج؛ قال: قلت لعطاء: واجب عليَّ إذا علمتُ له مالاً أن أُكاتبه؟ قال: ما أراه إلا واجباً، وقاله عمرو بن دينار. قلت لعطاء: أتأثره عن أحد؟ قال: لا. وأخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» (١٠ / ٣١٩).
وعلقه البخاري في «صحيحه» (كتاب المكاتب، باب المكاتب ونجومه في كل سنة نجمٌ، قبل ٢٥٦٠)، وزاد: «ثم أخبرني أن موسى بن أنس أخبره أن سيرين سأل أنساً المكاتبة ـ وكان كثير المال ـ فأبى، فانطلق إلى عمر رضي الله عنه فقال: كاتبه. فأبى، فضربه بالدرة، ويتلو عمر: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ فكاتبه».
ووصله القاضي إسماعيل في «أحكام القرآن» له، وعبدالرزاق في «المصنف» (٨ / ٣٧٢ / رقم ١٥٥٧٧، ١٥٥٧٨)، والشافعي من وجهين آخرين عن ابن جريج. قاله ابن حجر في «الفتح» (٥ / ١٨٥ ـ ١٨٦).

داود[(١)].

فدليلنا أن الأصل فيها المنع والحظر؛ لأنها غرر لأن العبد يسعى ويؤدي المال على أنه إن كمل له الأداء عتق وإن عجز عاد رقاً، فزال ملكه عما كان أداه، ولأنها بيع من السيد لماله بماله وذلك إتلافه، لكن جوزت في الشرع رفقاً بالعبد ولحرمة العتق والأمر بعد الحظر يبيح ولا يجب[(٢)]، واعتباراً به إذا سأله أن يكاتب بدون قيمته وبه إذا سأله بيعه من غيره، ولأنه عقد إذا تم أفضى إلى الحرية؛ فلم يكن على السيد إجابة العبد إليه؛ كالتدبير وشراء الأقارب.

مسألة ١٨٨٠

يجوز مكاتبة العبد القن الذي هو غير مكتسب ويكره في الأمة إذا لم تكن

= ونقل ابن حزم الوجوب عن مسروق والضحاك، وزاد القرطبي في «تفسيره» (١٢ / ٢٤٥): وعكرمة، وعن إسحاق بن راهويه أن مكاتبته واجبة إذا طلبها، ولكن لا يجبر الحاكم السيد على ذلك، نقله ابن حجر في «الفتح» (٥ / ١٨٦) وزاد: «وللشافعي قول بالوجوب، وبه قال الظاهرية، واختاره ابن جرير الطبري. قال ابن القصار: إنما علا عمر أنساً بالدرة على وجه النص لأنس، ولو كانت الكتابة لزمت أنساً ما أبى، وإنما ندبه عمر إلى الأفضل. وقال القرطبي: لما ثبت أن رقبة العبد وكسبه ملك لسيده دل على أن الأمر بكتابته غير واجب؛ لأن قوله: «خذ كسبي وأعتقني» يصير بمنزلة قوله أعتقني بلا شيء»، وذلك غير واجب اتفاقاً. ومحل الوجوب عند من قال به إن كان العبد قادراً على ذلك ورضي السيد بالقدر الذي تقع به المكاتبة. وقال أبو سعيد الإصطخري: القرينة الصارفة للأمر في هذا عن الوجوب الشرط في قوله: «إن علمتم فيهم خيراً»؛ فإنه وكل الاجتهاد في ذلك إلى المولى، ومقتضاه أنه إذا رأى عدمه لم يجبر عليه؛ فدل على أنه غير واجب. وقال غيره: الكتابة عقد غرر، وكان الأصل أن لا تجوز، فلما وقع الإذن فيها كان أمراً بعد منع والأمر بعد المنع للإباحة، ولا يرد على هذا كونها مستحبة لأن استحبابها ثبت بأدلة أخرى»

(١) «المحلى» (١٠ / ٣٥٧)، «حلية العلماء» (٦ / ١٩٦).

(٢) الراجح ما قاله ابن كثير في «تفسيره» (٢ / ٧) عند قوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا﴾ [المائدة: ٢]: «وهذا أمر بعد الحظر، والصحيح الذي يثبت على السبر، أنه يرد الحكم إلى ما كان عليه قبل النهي، فإن كان واجباً رده واجباً، وإن كان مستحباً فمستحب، أو مباحاً فمباح، ومن قال: إنه على الوجوب ينتقض عليه بآيات كثيرة، ومن قال: إنه للإباحة يرد عليه آيات أخرى، والذي ينتظم الأدلة كلها هذا الذي ذكرناه، كما اختاره بعض علماء الأصول، والله أعلم.

مكتسبة[١]، خلافاً للشافعي في قوله: لا يكره[٢]؛ لما روي عن عثمان رضي الله عنه أنه قال: «لا تكلفوا الأمة الكسب؛ فإنها تكسب بفرجها»[٣]، روي ذلك مرفوعاً[٤].

مسألة ١٨٨١

تجوز الكتابة على عبد مطلق غير موصوف[٥]، خلافاً للشافعي[٦]؛ للظاهر، وهو عام، ولأن المقصود منها الرفق وحصول حرمة الحرية دون محض العوض؛ كالمهر في النكاح.

---

(١) «المدونة» (٣ / ١٤)، «التفريع» (٢ / ١٤)، «الكافي» (٥٢٠)، «المعونة» (٣ / ١٤٦٦)، «جامع الأمهات» (ص ٥٣٦).

(٢) «حلية العلماء» (٦ / ١٩٧)، «الحاوي الكبير» (٢٢ / ١٦٦).

(٣) أخرجه مالك في «الموطأ» (٢ / ٩٨١) ـ ومن طريقه الشافعي في «الأم» (٥ / ١٠٣)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٨ / ٨ ـ ٩) و «المعرفة» (٣ / ق ٣٣٣ / أ أو ١١ / ٣٠٩ / رقم ١٥٦٢٨ ـ ط قلعجي)، وابن أبي شيبة في «المصنف» (٧ / ٣٦)؛ عن عثمان قال وهو يخطب: «لا تكلفوا الأمة غير ذات الصنعة الكسب؛ فإنكم متى كلفتموها ذلك كسبت بفرجها، ولا تكلفوا الصغير الكسب؛ فإنه إذا لم يجد سرق، وعفوا إذا أعفكم الله، وعليكم من المطاعم بما طاب منها».
وإسناده صحيح.
وذكره الخطابي في «الغريب» (٣ / ٢٤٩).

(٤) أخرج البيهقي في «السنن الكبرى» (٨ / ٨) عن أبي هريرة؛ قال: نهى رسول الله ﷺ عن كسب الأمة إلا أن يكون لها عمل واجب، أو كسب يعرف وجهه».
وإسناده ضعيف.
وقال البيهقي: «ورواه علي بن الجعد عن الزنجي بن خالد عن حرام بن عثمان عن أبي عتيق عن جابر مرفوعاً».
قلت: ولفظه: إن النبي ﷺ حرَّم خراج الأمة إلا أن يكون لها عمل واحد، أو كسب يعرف وجهه.
أخرجه ابن عدي في «الكامل» (٢ / ٤٤٦).
وإسناده ضعيف جداً.
فيه حرام بن عثمان.

(٥) «المدونة» (٣ / ٣)، «التفريع» (٢ / ١٣)، «الرسالة» (٢٢٤)، «الكافي» (٥٢٠)، «المعونة» (٣ / ١٤٦٧)، «الذخيرة» (١١ / ٢٥٢)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣ / ٣٨٤).

(٦) «حلية العلماء» (٦ / ١٩٧)، «مختصر المزني» (٣٢٣)، «الحاوي الكبير» (٢٢ / ١٦٦).

مسألة ١٨٨٢

الذي نص عليه مالك رحمه الله بتنجم الكتابة وليس له نص في الكتابة الحالة، وأصحابنا يقولون: إنها جائزة ويسمونها قطاعة[(١)]. والشافعي يقول: لا تجوز إلا منجمة وأقلها نجمان[(٢)].

فدليلنا أنها عتق بعوض فجاز مع تعجيله وتأجيله كبيع العبد من نفسه، ولأن الأجل غير مستحق في عقد الكتابة؛ كالثالث والرابع، ولأنه عتق بعوض؛ فجاز؛ كالمنجم[(٣)].

مسألة ١٨٨٣

إذا قال لعبده: كاتبتُك على كذا وكذا كان ذٰلك صريحاً في الكتابة وإن لم

---

(١) «التفريع» (٢ / ١٣)، «الرسالة» (٢٢٤)، «الكافي» (٥٢٠)، «المعونة» (٣ / ١٤٦٥)، «جامع الأمهات» (ص ٥٣٥)، «الذخيرة» (١١ / ٢٥٢) ـ ونقل كلام القاضي في «الإشراف» ـ، «عقد الجواهر الثمينة» (٣ / ٣٨٣)، «تفسير القرطبي» (١٠ / ١٤٧)، «شرح الزرقاني على خليل» (٨ / ١٤٩).

وهٰذا مذهب الحنفية.

انظر: «مختصر الطحاوي» (٣٨٤)، «مختصر القدوري» (٨٦)، «تحفة الفقهاء» (٢ / ٤١٦)، «المبسوط» (٨ / ٣)، «البناية» (٥ / ١٠٨)، «البحر الرائق» (٨ / ٤٥)، «جمل الأحكام» (٢٧٥)، «رؤوس المسائل» (٥٤٥)، «أحكام القرآن» للجصاص (٣ / ٣٢٤)، «الكشاف» (٣ / ٧٥)، «حاشية ابن عابدين» (٨ / ٨٦).

(٢) «الأم» (٨ / ٣١)، «المهذب» (٢ / ١١)، «روضة الطالبين» (١١ / ٢١١)، «الوجيز» (٢ / ٢٨٤)، «مختصر المزني» (٣٢٤)، «الإقناع» (٢٠٧)، «تكملة المجموع» (١٦ / ٢١)، «حلية العلماء» (٦ / ١٩٧)، «مختصر الخلافيات» (٥ / ٢٠٥ / رقم ٣٧٣).

والنجم المراد به القسط، وأصله أن العرب كانت توقعت بحلول النجم، فيقول أحدهم: إذا طلعت الثريا حل عليك مالي ونحوه.

انظر: «المغرب» (ص ٤٤٤)، «معجم مقاييس اللغة» (٥ / ٣٩٧).

(٣) اشتراط النجمين يحتاج إلى دليل، ثم لو سلمنا بأدلته؛ فالجمهور على أنه يكفي نجم واحد.

انظر: «الجوهر النقي» (١٠ / ٣٢١)، «نوادر الفقهاء» (ص ١٢٦)، «المحلى» (٢٢٩)، «فتح الباري» (٥ / ١٣٤).

يقل، فإذا أديت ذٰلك عتقت هٰكذا يجيء على المذهب[١]، وقال الشافعي: لا يكون صريحاً في الكتابة ولا يعتق العبد حتى يقول: فإذا أديت عتقت[٢].

فدليلنا أن كتابة العبد معنى مقرر المقصود به بالعرف في الشرع؛ فكان ذٰلك صريحاً وإن لم يلفظ بموجبه كالخلع إذا قال: خالعتك على كذا، ولم يقل: فإذا دفعته إليَّ بنت به[٣].

مسألة ١٨٨٤

يجوز أن يجمع السيد بين جماعة من عبيده في كتابةٍ واحدة[٤]، وقال الشافعي في أحد قوليه: لا يجوز ذٰلك[٥].

فدليلنا قوله تعالى: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النور: ٣٣]، وهو عام،

---

(١) «جامع الأمهات» (ص ٥٣٥)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣/ ٣٨٣)، «الذخيرة» (١١ / ٢٤٨)، «شرح الزرقاني على خليل» (٨ / ١٤٩).
وهٰذا مذهب الحنفية.
انظر: «المبسوط» (٨ / ٦)، «اللباب» (٣ / ١٣٢)، «تحفة الفقهاء» (٢ / ٤١٩)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ٤١٢ / رقم ٢٠٩٨).

(٢) «الأم» (٨ / ٤٧)، «مختصر المزني» (٣٢٤)، «روضة الطالبين» (١٢ / ٢٠٩)، «مغني المحتاج» (٤ / ٥١٦)، «تكملة المجموع» (٦ / ١٢١)، «مختصر الخلافيات» (٥ / ٢٠٧ / رقم ٣٧٤).

(٣) الكتابة اسم تتضمن الحرية بالأداء؛ كالخلع والإجارة، يتضمن ما تحته من تمليك البضع أو المنافع، فلا يحتاج أن يشترط ما ذكره الشافعية. أفاده الجصاص. وانظر: «المحلى» (٩ / ٢٢٦).

(٤) «الموطأ» (٢ / ٧٩٢)، «المنتقى» (٧ / ١٤)، «التفريع» (٢ / ١٦)، «الرسالة» (٢٢٤)، «المعونة» (٣ / ١٤٧٤)، «جامع الأمهات» (ص ٥٣٧)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣ / ٣٨٦)، «الذخيرة» (١١ / ٢٧٥).

(٥) هو أحد قولي الشافعي، والأصح عنده الجواز.
وانظر: «الأم» (٨ / ٤٦ ـ ٤٧)، «حلية العلماء» (٦ / ٢٢٩)، «مختصر المزني» (٣٢٤)، «المهذب» (٢ / ١٨)، «تكملة المجموع» (١٦ / ٣٧).
وهٰذا اختيار ابن القاسم على معاني مالك.
انظر: «نوادر الفقهاء» (١٢٦)، «المنتقى» (٧ / ١٤).
وهو اختيار ابن حزم في «المحلى» (٩ / ٢٣٢) وقال: «وهو قول أصحابنا».

ولأنه ألزم نفسه عتقهم بشرط أدائهم المال كما لو أفردهم، ولأن البدل معلوم في الجملة، وإن لم يعلم بقسطه في الحال كما لو باع عدة أعبد له بألف درهم، لجازوا وإن لم يعلم قسط كل واحد[١].

(فصل)

ولا يعتقون إلا بأداء جميع مال الكتابة[٢]، وقال الشافعي: يعتق من أدى بقدر نصيبه[٣].

فدليلنا أن عقد الكتابة وقع عقداً واحداً؛ فلم ينفرد به بعضهم دون بعض، أصله كتابة العبد الواحد.

مسألة ١٨٨٥

يلزم كل واحد منهم بقدر قوته في السعي ويكون بعضهم حملاء بعض[٤]، خلافاً للشافعي[٥]؛ لأن العقد واحد؛ فكان حكم الجميع فيه حكماً واحداً كما لو كاتب عبداً واحداً.

مسألة ١٨٨٦

لا يُعْتَقُ المكاتب إلا بأداء جميع الكتابة[٦]، خلافاً لما ذكر عن بعض السلف

---

(١) ما قرره المصنف راجح وقوي، وعليه الجماهير.
وانظر: «اختلاف الفقهاء» (ص ٢٦١ ـ ٢٦٢)، «جُمل الأحكام» (٢٧٦ ـ ٢٧٧).

(٢) «الموطأ» (٢ / ٧٩٢)، «التفريع» (٢ / ١٦)، «الرسالة» (٢٢٤)، «المعونة» (٣ / ١٤٧٤)، «جامع الأمهات» (ص ٥٣٧)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣ / ٣٨٦)، «الذخيرة» (١١ / ٢٨١).

(٣) «مختصر المزني» (٣٢٤)، «المهذب» (٢ / ١٨)، «تكملة المجموع» (١٦ / ٣٧)، «حلية العلماء» (٦ / ٢٢٩).

(٤) مراجع المالكية في المسألة السابقة.

(٥) مراجع الشافعية في المسألة السابقة.

(٦) «الموطأ» (٢ / ٧٨٧)، «التفريع» (٢ / ١٣)، «الرسالة» (٢٢٤)، «الكافي» (٥٢٠)، «المعونة» (٣ / ١٤٦٥)، «جامع الأمهات» (ص ٥٣٥)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣ / ٣٨٤).

أنه يعتق منه بقدر ما أداه[1]؛ لقوله ﷺ: «المكاتب عبد مابقي عليه من كتابته درهم»[2]، ولأنها عتق بصفة الأداء فما لم يحصل الأداء لم يحصل العتق، ولأنه لا يخلو أن يكون بمنزلة العتق المطلق أو المعلق بصفة المعاوضة، ولا يجوز أن يكون كالمطلق لأن العتق فيها يقف على الأداء، وإن كانت بمنزلة المعتق بصفة لم يقع قبل

---

(١) يحكى عن عمر وعلي والنخعي وابن مسعود وشريح. «المغني» (٩ / ٤٢٠).
وفصّل الشاشي في «حلية العلماء» (٦ / ٢١٧) فقال: «وحكي عن ابن مسعود أنه قال: إذا أدى قدر قيمته عتق، وكان عليه الباقي يطالب به بعد عتقه.
وعن علي رضي الله عنه روايتان:
إحداهما: أنه إذا أدى نصف ما عليه عتق كله، وطولب بالباقي بعد عتقه.
والثانية: أنه يعتق منه بقدر ما أدى.
وقال شريح: إذا أدى ثلث ما عليه عتق كله وأدى الباقي في حال حريته».
قلت: أخرج الرواية الثانية عن علي: ابن أبي شيبة، وعبدالرزاق (٨ / ٤٠٦ / رقم ١٥٧٢١)، والبيهقي (١٠ / ٣٢٦)؛ بإسنادٍ حسن.
ونحوه عند النسائي (٨ / ٤٦).
وأخرجه أيضاً عن ابن عباس رفعه: «المكاتب يعتق بقدر ما أدّى، ويُقام عليه الحد بقدر ما عتق منه، ويرث بقدر ما عَتَق منه».
وهو في «صحيح النسائي» (٤٤٧٤) لشيخنا الألباني ـ رحمه الله تعالى ـ.
وأخرج ابن أبي شيبة في «المصنف» (٥ / ٦٨) وابن حزم في «المحلى» (٩ / ٢٣٠) عن وكيع، وابن المنذر في «الأوسط» (٣ / ق ١٤٢ / ب) عن أبي نعيم؛ كلاهما عن المسعودي، عن الحكم، عن علي: «تجري فيه العتاقة في أول نجم».
وأخرج ابن أبي شيبة (٥ / ٦٨)، وعبدالرزاق (٨ / ٣٤٥، ٤١٠ ـ ٤١١ / رقم ١٥٤٨٢، ١٥٧٣٦)، والبيهقي (١٠ / ٣٢٥)؛ عن عمر: «إنكم تكاتبون مكاتبين، فإذا أدّى النصف؛ فلا رد عليه في الرق». لفظ ابن أبي شيبة.
وأخرج البيهقي (١٠ / ٣٢٥) عن عمر؛ قال: «المكاتب عبد ما بقي عليه درهم».
وهٰذا خير إسناداً من الذي قبله.
قاله ابن عبدالبر، ونقله عنه القرطبي في «تفسيره» (١٢ / ٢٤٨).
وأخرج عبدالرزاق (٨ / ٤٠٦ / رقم ١٥٧٢٢)، والبيهقي (١٠ / ٣٢٩)؛ عن ابن مسعود قال: «إذا أدى المكاتب ثلثاً أو ربعاً؛ فهو غريم».
(٢) مضى تخريجه.

وجودها وهي أداء جميع المال وإن كانت كالمعاوضات؛ فالملك لا يستقر في المعاوضات إلا بعد توفية جميع العوض، ولأن عتق الإنسان جزءًا من عبده باختياره مبتدئًا يجب عليه تكميله وتتميم الحرية من باقيه، ولو قلنا أنه يعتق بقدر ما أداه لوجب أن يعتق الباقي بالسراية أو بالحكم، سواء أدى في الكتابة أم لا، وذلك فاسد[١].

مسألة ١٨٨٧

ليس للمكاتب تعجيز نفسه مع القدرة على الأداء[٢]، وقال الشافعي: له ذلك[٣].

فدليلنا أن الكتابة عقد يتضمن تسمية العوض، فإذا رضي العبد العوض والتزمه لم يكن له أن يرجع عنه من غير عذر كسائر العقود، ولأن ذلك يؤدي إلى إبطال حق الله تعالى من العتاقة التي قد التزما عقدها، وليس لأحد أن يرد نفسه إلى الرق بعد ثبوته أو ثبوت عقد له.

مسألة ١٨٨٨

إذا مات المكاتب وقد بقي عليه بعض مال الكتابة وترك ولدًا معه في الكتابة بالشرط أو بالولادة لم تنفسخ الكتابة[٤]، خلافًا

---

(١) ما قرره المصنف هو مذهب الجماهير سلفًا وخلفًا، وهو الراجح إن شاء الله تعالى.
انظر: «مصنف عبدالرزاق» (٨/ ٤٠٥ ـ ٤١٣)، «مصنف ابن أبي شيبة» (٥/ ٦٦ ـ ٦٧)، «سنن البيهقي» (١٠/ ٣٢٣ ـ ٣٢٥).

(٢) «المدونة» (٣/ ١١)، «التفريع» (٢/ ١٣ ـ ١٤)، «الرسالة» (٢٢٤)، «الكافي» (٥٢٥)، «المعونة» (٣/ ١٤٧٥)، «جامع الأمهات» (ص ٥٣٦)، «الذخيرة» (١١/ ٢٨٣)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣/ ٣٨٨).

(٣) «مختصر المزني» (٣٣١)، «الإقناع» (٢٠٧)، «المهذب» (٢/ ١٤).

(٤) «الموطأ» (٢/ ٨٠١)، «المدونة» (٣/ ٣٥ ـ ٣٦)، «التفريع» (٢/ ١٥)، «الرسالة» (٢٢٤)، «الكافي» (٥٢٤)، «المعونة» (٣/ ١٤٧١)، «جامع الأمهات» (ص ٥٣٦)، «الذخيرة» (١١/ ٣١٤)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣/ ٣٩٢).

للشافعي[١]؛ لأن عقد الكتابة قد تضمن إلزام السيد نفسه عتق المكاتب وولده الداخلين معه في العقد بصفة أداء المال؛ فلم يكن للسيد فسخ العقد في حقهم كما لم يكن له ذٰلك في حق العبد نفسه، ولم يكن له أيضاً فعل ما يؤدي إلى ذٰلك من انتزاع المال منهم.

(فصل)

وإذا ترك أولاداً أحراراً أو عبيداً ليسوا معه في كتابته، فإن العقد يبطل ويكون ماترك للسيد[٢]، وقال أبو حنيفة: يقوم ولده الأحرار مقامه ويرثونه[٣].

فدليلنا أن المواريث موضوعة على تساوي الحرم، وهٰذا مات مكاتباً لا عبداً على الإطلاق، ولا حراً، بل مكاتباً له حكم مخالف لحكم العبد ولحكم الحر، فلم يرثه ولده الأحرار ولا العبيد وورثه من شركه في عقد كتابته.

مسألة ١٨٨٩

الابتداء[٤] مستحب غير واجب[٥]، خلافاً

= وهٰذا مذهب الحنفية.
انظر: «مختصر القدوري» (ص ٨٧)، «المبسوط» (٧ / ٢١٦)، «تحفة الفقهاء» (٢ / ٤١٩)، «بدائع الصنائع» (٥ / ٢٥١٣)، «جمل الأحكام» (٢٧٧)، «رؤوس المسائل» (٥٤٦).

(١) «الأم» (٨ / ٨٤)، «الإقناع» (٢٠٨ ـ ٢٠٩)، «المهذب» (٢ / ١٨)، «نهاية المحتاج» (٨ / ٤٢٠)، «حلية العلماء» (٦ / ٢٠٢ ـ ٢٠٣).

(٢) «المعونة» (٣ / ١٤٧٢)، والمراجع في المسألة السابقة.

(٣) «مختصر الطحاوي» (٣٨٦ ـ ٣٨٧)، «اللباب» (٣ / ١٣١)، «الاختيار» (٤ / ٤١)، «المبسوط» (٧ / ٢١٦)، «جمل الأحكام» (٢٧٨ ـ ٢٧٩).

(٤) هو استحباب وضع السيد شيئًا عن المكاتب كما في «المعونة» (٣ / ١٤٦٦).
وفي «رؤوس المسائل» (٥٤٧): «الإيتاء»، وكذا في «الذخيرة» (١١ / ٢٧٣).
وفي هامش الأصل: «في نسخة: «الإيتاء»»، وكذا في (ط).

(٥) «المدونة» (٣ / ٦)، «التفريع» (٢ / ١٧)، «الكافي» (٥٢٦ ـ ٥٢٧)، «المعونة» (٣ / ١٤٦٦)، «الذخيرة» (١١ / ٢٧٣).
وهٰذا مذهب الحنفية.

للشافعي[(١)]؛ لقوله ﷺ: «لا يحل مال امرىء مسلم إلا عن طيب نفسه»[(٢)]، ولأنه عقد معاوضة على رقبة العبد كبيعه من أجنبي، ولأن الواجبات ضربان مقدر بالنص وموكول إلى الاجتهاد في الكتابة وما تنازعناه خارج عن هٰذين، ولأنه موكول إلى الإرادة والاختيار، وليس ذٰلك في الأصول[(٣)].

مسألة ١٨٩٠

إذا اختلف السيد والعبد في قدر مال الكتابة؛ فالقول قول العبد[(٤)]، وقال الشافعي: القول قول السيد[(٥)].

= انظر: «مختصر الطحاوي» (٣٨٤)، «المبسوط» (٧ / ٢٠٦)، «تحفة الفقهاء» (٢ / ٤١٩)، «رؤوس المسائل» (٥٤٧).

(١) «الأم» (٨ / ٣٣)، «مختصر المزني» (٣٢٤)، «المهذب» (٢ / ١٥)، «روضة الطالبين» (١٢ / ٢٤٨ ـ ٢٤٩)، «نهاية المحتاج» (٨ / ٤١٠ ـ ٤١١)، «الإقناع» (٢٠٨)، «حلية العلماء» (٦ / ١٩٤)، «مختصر الخلافيات» (٢١٠ / رقم ٣٧٦)، «السنن الكبرى» (١٠ / ٣٢٩ ـ ٣٣٠) كلاهما للبيهقي.

(٢) مضى تخريجه.

(٣) ما قرره المصنف هو الراجح؛ لما ثبت في «الصحيح» من قول بريرة: «كاتبت أهلي على تسع أواق»، وقالت عائشة: «إن أحب أهلُك أن أعدّها لهم»، فلو كان الحط واجباً؛ لقال عليه الصلاة والسلام: عليها أقل من ذٰلك؛ لأن عليهم أن يحطّوا عنها، ولأخبر عائشة بسقوط البعض، وفي قصة جويرية لم يذكر الحط؛ فدل على وجوب الجميع دون حطيطة، وقد أعان ﷺ سلمان ولم يذكر الحطيطة.
نعم، لو سلمنا أن المراد بقوله تعالى: ﴿وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ ءَاتَىٰكُمْ﴾ [النور: ٣٣] الموالي؛ فالأمر للندب، جمعاً بين جميع الأدلة الواردة في المسألة، والله الموفق.
انظر: «الجوهر النقي» (١٠ / ٣٣٠) لابن التركماني.

(٤) «جامع الأمهات» (ص ٥٣٨)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣ / ٣٩٢).
وهٰذا قول أبي حنيفة والأوزاعي.
وقال أبو يوسف ومحمد: يتحالفان ويترادان.
انظر: «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ٤١٨ / رقم ٢١٠٧).

(٥) «حلية العلماء» (٦ / ٢٣١ ـ ٢٣٢)، «مختصر المزني» (٣٢٥)، «الحاوي الكبير» (٢٢ / ٢٢١).

فدليلنا أنه عتق على مال؛ فأشبه قوله: إن جئتني بألف درهم فأنت حر أن القول قول العبد.

مسألة ١٨٩١

إذا زوج ابنته من مكاتبه ثم مات وكانت ابنته وارثة له؛ فإن النكاح ينفسخ[(١)]، وقال أبو حنيفة: لا ينفسخ[(٢)].

ودليلنا أن حكم الملك إذا منع ابتداء النكاح منع استدامته كالعبد القن، وقد ثبت أنها لو أرادت أن تتزوجه ابتداء في هٰذه الحال لم يصح العقد عليه، كذٰلك إذا طرأ حكم الملك على نكاحها.

مسألة ١٨٩٢

قال ابن القاسم: إذا كاتبه على قيمته جاز، ويكون عليه الوسط من ذٰلك[(٣)]، وقال أبو حنيفة: لا يجوز[(٤)].

فدليلنا أن مقدار القيمة معروف في الغالب؛ فكان كالكتابة على الوصف.

مسألة ١٨٩٣

العبد بين شريكين لا يجوز لأحدهما أن يكاتب على قدر حصته منه أذن شريكه أم لم يأذن[(٥)]، وقال ابن أبي ليلى: يصح ولا يعتبر بإذن الشريك[(٦)]. وقال أبو

---

(١) «الذخيرة» (١١ / ٣١٦).

(٢) «جُمل الأحكام» (٢٧٨ ـ ٢٧٩).

(٣) «المدونة» (٢ / ٤٥٥ ـ ط دار الكتب العلمية)، «الذخيرة» (١١ / ٢٥٣).

(٤) مذهبهم في هٰذه المسألة: الكتابة فاسدة، وإذا أدّى القيمة عتق.
انظر: «مختصر الطحاوي» (٣٨٥)، «اللباب» (٣ / ١٣١)، «الاختيار» (٤ / ٣٨)، «البحر الرائق» (٨ / ٤٨)، «العناية» (٧ / ٢٣٦)، «جُمل الأحكام» (٢٧٦).

(٥) «المدونة» (٣ / ٢٦ و٤ / ١٣٩)، «جامع الأمهات» (ص ٥٣٦)، «الذخيرة» (١١ / ٢٥٨)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣ / ٣٨٥)، «المنتقى» (٧ / ١٥).

(٦) «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ٤٢٣ / رقم ٢١١٤)، «نوادر الفقهاء» (١٢٧ ـ ١٢٨)، «الإشراف» =

حنيفة[١] والشافعي في أحد قوليه[٢]: إن أذن الشريك جاز وإن لم يأذن لم يجز.

فدليلنا أن ذٰلك بمنزلة ابتداء تبعيض الحرية، وذٰلك غير جائز، وإذا ثبت منعه بغير إذن السيد ثبت منعه مع إذنه لأن تبعيض العتق ممنوع لحق الله تعالى؛ فلا يسقط بإذن الشريك فيه[٣].

مسألة ١٨٩٤

إذا وطىء مكاتبته؛ فلا حد عليه كان عالماً بتحريم ذٰلك أو جاهلاً به[٤]، وحكي عن الحسن أن عليه الحد إن كان عالماً[٥].

= لابن المنذر (رقم ٥٧٥) ـ وفيه: «وكان الزهري يجيز ذٰلك وبه قال ابن أبي ليلى ومال إسحاق إلى هٰذا القول» ـ.

قلت: وهو قول أحمد والحسن. أفاده الشاشي في «حلية العلماء» (٦/ ١٩٤).

وأيده ابن حزم في «المحلى» (٩/ ٢٤٤) ونسبه للزهري.

(١) «الآثار» لأبي يوسف (رقم ٨٦٩)، «بدائع الصنائع» (٦/ ٦)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤/ ٤٢٣/ رقم ٢١١٤، ٢١١٥).

(٢) «مختصر المزني» (١٠٨)، «حلية العلماء» (٦/ ١٩٤).

(٣) ما قرره المصنف هو مذهب «أكثر من نحفظ عنه من أهل العلم»، و «هٰذا قول عطاء والثوري وأحمد والنعمان». قاله ابن المنذر في «الإشراف» (٥٧٥).

وانظر: «المغني» (٤/ ٦١٦)، «اختلاف الفقهاء» (ص ٢٦٠ ـ ٢٦١) للطبري.

(٤) انظر: «المدونة» (٣/ ١٦)، «التفريع» (٢/ ١٩)، «المعونة» (٣/ ١٤٧٩)، «جامع الأمهات» (ص ٥٣٧)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣/ ٣٩٣)، «الذخيرة» (١١/ ٢٩٠).

(٥) «المغني» (٩/ ٢٣٧)، «حلية العلماء» (٦/ ٢١١).

ونقل عنه ابن المنذر في «الإشراف» (١/ ٣٢٩، ٣٣٠): إذا وطىء الرجل مكاتبته فليحسب لها صداق مثلها من مكاتبتها، وأسنده سعيد بن منصور (٢٠٣٥) في الأمة بين رجلين إذا وطئها أحدهما.

قال صاحب «موسوعة فقه الحسن» (١/ ٢٣٠ ـ ٢٣١) عن نقل ابن المنذر: «لعله الأصح؛ لأمرين: الأول: وجود شبهة الملك. والثاني: وجوب المهر يسقط الحد».

قلت: نعم، هو أرجح القولين، ولٰكن لا تصلح هٰذه أدلة لتصحيح كونه الأثبت عن الحسن؛ فتأمل!

وانظر: «أثر الشبهات في درء الحدود» (٢١٨ ـ ٢١٩).

فدليلنا أن بالكتابة لم تخرج عن ملكه بدليل أنه لو أعتقها لنفذ عتقه فيها، وإنما ضعف ملكه وضعف الملك شبهة في سقوط الحد.

مسألة ١٨٩٥

إذا كاتبها بشرط أن يطأها فالكتابة صحيحة والشرط باطل[١]، وقال أبو حنيفة[٢] والشافعي[٣]: الكتابة فاسدة.

فدليلنا أن ذلك اشتراط منفعة من منافعها لا تؤدي إلى منع المقصود بالعقد، فإذا بطل لم يؤد إلى إبطال أصل الكتابة، أصله لو كاتبها على أن يستخدمها أو يزوجها من غلامه.

* * * * *

---

(١) «جامع الأمهات» (ص ٥٣٦)، «الذخيرة» (١١ / ٢٤٩).

(٢) وعندهم: وإن أدّت عتقت.

انظر: «بدائع الصنائع» (٥ / ٤٨٠)، «جُمل الأحكام» (٢٧٦)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ٤١٨ / رقم ٢١٠٨).

(٣) «حلية العلماء» (٦ / ٢١١).

كتاب أمهات الأولاد

[مسألة ١٨٩٦]

لا يجوز للحر بيع أم ولده[١]، خلافاً لداود[٢] وغيره ممن يراه كابن حبيب[٣] ولا عمل عليه؛ لقوله ﷺ: «أيما رجل وَلَدتْ منه أمتهُ فهي مُعْتَقَة عن دُبُرٍ»[٤]، وروي: «أيما أمة ولدت من سيدها؛ فإنها حرة إذا مات إلا أن يعتقها قبل موته»[٥]،

---

(١) «الموطأ» (٢ / ٧٤٢)، «المدونة» (٣ / ٤٢)، «التفريع» (٢ / ٥)، «الرسالة» (٢٢٥)، «الكافي» (٥١٤)، «المقدمات» (٣ / ١٩٥)، «المعونة» (٣ / ١٤٨٩ ـ ١٤٩٠)، «أسهل المدارك» (٣ / ٢٦٨)، «مواهب الجليل» (٦ / ٣٥٦ ـ ٣٥٧).

(٢) نقل مذهبه ابن الجوزي في «التحقيق» (١١ / ٧٨ ـ ط قلعجي أو ٣ / ٥٧١ ـ مع «تنقيح ابن عبدالهادي»).

(٣) «الذخيرة» (١١ / ٢٤٩)، «مواهب الجليل» (٦ / ٣٥٦ ـ ٣٥٧).

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة في «المصنف» (٥ / ١٨٤) والدارمي (٢٥٧٧) وابن ماجه (٢٥١٥) والدارقطني (٤ / ١٣٠) والبيهقي (١٠ / ٣٤٦) في «سننهم»، وأحمد (١ / ٣٠٣، ٣١٧، ٣٢٠) وأبو يعلى ـ كما في «نصب الراية» (٣ / ٢٨٨) ـ في «مسنديهما»، والطبراني في «المعجم الكبير» (١١٥١٩)، والحاكم في «المستدرك» (٢ / ١٩)؛ عن ابن عباس رفعه.

وإسناده ضعيف.

فيه حسين بن عبدالله بن عُبيدالله بن عباس، ضعيف، قال الذهبي: «صحيح الإسناد، ولم يخرجاه»، وتعقبه الذهبي بقوله: «حسين متروك الحديث».

قلت: هو ضعيف عند جمهور مترجميه.

وانظر: «نصب الراية» (٣ / ٢٨٨)، «التلخيص الحبير» (٤ / ٢١٧)، «مختصر استدراك الذهبي» (١ / ٥١٧ ـ ٥١٨ / رقم ١٨١) لابن الملقن، «الإرواء» (١٧٧١).

(٥) هذا لفظ أبي يعلى في الحديث المتقدم بحروفه، وكذا عند أحمد (١ / ٣١٧) والطبراني دون: «إلا =

وقوله في مارية: «أعتقها ولدها»[1]، وفي حديث أبي سعيد: «إنهم أصابوا سبياً فأرادوا الوطء وأرادوا الثمن، فقالوا: نعزل. فسألوا رسول الله ﷺ عن ذٰلك فقال: «لا عليكم ألا تفعلوا؛ فإنه ما من نسمة قدر الله أن تكون إلا كانت»[2]، فلولا أن

= أن يعتقها».
وإسناده ضعيف؛ لما قدمناه.

(١) أخرجه ابن سعد في «الطبقات الكبرى» (٨ / ٢١٥)، وابن ماجه (٢٥١٦) والدارقطني (٤ / ١٣١) والبيهقي (١٠ / ٣٤٦) في «سننهم»؛ عن ابن عباس رفعه.
وإسناده ضعيف كالذي قبله.
انظر: «التلخيص الحبير» (٤ / ٢١٨)، «الإرواء» (١٧٧٢).
ورجح البيهقي وقفه على عمر، وتعقبه ابن التركماني بأن أثر عمر وهٰذا الحديث قضيتان مختلفتان، وأفاد بأن حسين قد توبع.
فقد أخرجه قاسم بن أصبغ في «مصنفه» ثنا مصعب بن محمد، ثنا عبيدالله بن عمر ـ وهو الرقي ـ، عن عبدالكريم الجزري، عن عكرمة، عن ابن عباس، به.
وأخرجه ابن حزم في «المحلى» (٩ / ٢١٩) من طريقه وقال: «هٰذا خبر جيد السند، كل رواته ثقات»، وقال ـ قبل ـ (٩ / ١٨): «وهٰذا خبر صحيح السند، والحجة به قائمة».
وكذا نقله عبدالحق في «الأحكام الوسطى» (٤ / ٢٣) وتعقبه ابن القطان في «بيان الوهم والإيهام» (٢ / ٨٤ ـ ٨٦ / رقم ٥٨) أن صوابه: ثنا مصعب، عن محمد، ثنا عبيدالله، به، قال: «فمحمد هو ابن وضاح ومصعب هو ابن سعيد أبو خيثمة المصيصي»، قال: «والأمر في ذٰلك بيِّن، ويتكرر في «كتاب قاسم»، حتى لا يبقى لمن لا يعرفه ريب»، قال: «وهو أيضاً يضعف».
وانظره: (٣ / ٢٠٦ / رقم ٩٢٥ و٤ / ٥٧٧ / رقم ٢١١٩)، «نصب الراية» (٣ / ٢٨٧)، وأثر عمر يأتي تخريجه في آخر المسألة.

(٢) أخرجه البخاري في «صحيحه» (كتاب العتق، باب من ملك من العرب رقيقاً فوهب وباع وجامع وسبى الذرية، ٥٢٤٢)، ومسلم في «صحيحه» (كتاب النكاح، باب حكم العزل، ١٤٣٨)؛ عن أبي سعيد قال: غزونا مع رسول الله ﷺ غزوة بالمصطلق، فسبينا كرائم العرب، فطالت علينا العزبة ورغبنا في الفداء (أي: احتجنا إلى الوطء، خفنا من الحبل، فتصير أم ولد، يمتنع علينا بيعها وأخذ الفداء فيها. قاله النووي)، فأردنا أن نستمتع ونعزل، فقلنا: نفعل ورسول الله ﷺ بين أظهرنا لا نسأله! فسألنا رسول الله ﷺ فقال: «لا عليكم أن لا تفعلوا، ما كتب الله خلق نسمة هي كائنة يوم القيامة إلا ستكون». لفظ مسلم.
وانظر: «مرويات غزوة بني المصطلق» (ص ٣٣١ ـ ٣٣٥).

الحمل يبطل الثمن وإلا لم يكن ليقرهم عن هٰذا الاعتقاد ويكلف الجملة به، ولأنه قد ثبت لها بالولادة حرمة تمنع بيعها وهي أيضاً لها بالولد الثابت الحرمة بالحرية الحاصلة له بحرية أبيه فكانت في معنى المعتقة، وهٰذا هو اعتلال عمر رضي الله عنه بقوله: «خالطت لحومُنا لحومَهنّ ودماؤنا دماءَهنّ»[١]؛ لأنها حملت في ملك واطئها بولد حر على أبيه؛ فوجب أن يمنع ذٰلك من بيعها كحال حملها[٢].

مسألة ١٨٩٧

إذا أولدها بعقد نكاح ثم ابتاعها لم تكن بذٰلك الولد أم ولد[٣]، خلافاً لأبي حنيفة[٤]؛ لقوله ﷺ: «أيما أمة ولدت من سيدها؛ فهي معتقة عن

---

(١) أخرجه عبدالرزاق في «المصنف» (٨ / ٢٩٦ ـ ٢٩٧ / رقم ١٣٢٤٨)، وسعيد بن منصور في «سننه» (٢٠٤٩)؛ عن عبدالله بن قارب: أنه اشترى أمة فأسقطت منه، فباعها، فقال: «أبعدما اختلطت دماؤكم ودماؤهن ولحومكم ولحومهن بعتموهن؟! ارددها، ارددها». لفظ سعيد.
وأخرج مالك في «الموطأ» (٢ / ٧٧٦) بسندٍ صحيحٍ غايةً عن عمر؛ قال: «أيما وليدة ولدت من سيدها؛ فإنه لا يبيعها ولا يهبها ولا يورثها، وهو يستمتع بها، فإذا مات فهي حرة».
وأخرج نحوه ابن أبي شيبة في «المصنف» (٥ / ١٨٤ ـ ١٨٥)، وسعيد بن منصور في «السنن» (٢٠٤٦ ـ ٢٠٤٨، ٢٠٥٠ ـ ٢٠٥٥)، وعبدالرزاق في «المصنف» (٧ / ٢٨٧، ٢٩١ ـ ٢٩٣، ٢٩٤، ٢٩٥)، والبغوي في «شرح السنة» (٩ / ٣٦٩ / رقم ٢٤٢٨)، والدارقطني (٤ / ١٣٤) والبيهقي (١٠ / ٣٤٨)، وهو الذي صوبه الحفاظ في الحديث المرفوع السابق، ووقع في «التلخيص الحبير» (٤ / ٢١٧) عنه: «وإسناده ضعيف، والصحيح أنه من قول ابن عمر».
قلت: صوابه حذف كلمة (ابن). وانظر: «الموافقات» (٥ / ١٦٢) وتعليقي عليه.

(٢) ما قرره المصنف هو الصواب، والآثار فيه شهيرة وفيرة، وبه قال الجماهير، والحمد لله على توفيقه وهدايته.

(٣) «المعونة» (٣ / ١٤٨٩، ١٤٩٤)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣ / ٣٩٦)، «الذخيرة» (١١ / ٣٣٩)، مراجع المسألة السابقة.
وهٰذا مذهب الشافعية. انظر: «مختصر المزني» (٣٣٢).

(٤) «مختصر الطحاوي» (٣٧٧)، «اللباب» (٣ / ١٢٣)، «بدائع الصنائع» (٥ / ٢٤٤٤)، «فتح القدير» (٣ / ٤٥٠)، «جُمل الأحكام» (٢٦٧)، «البناية» (٥ / ١٤٣)، «نوادر الفقهاء» (١٢٣ ـ ١٢٤).
وهٰذا قول الحسن ورواية عن أحمد.

دبر»[١]، وهٰذه لم تلد من سيدها وإنما ولدت من زوج، ولأن الحرمة ثبتت لأم الولد من جهة الولد، فإذا كان الولد لا حرمة له في نفسه لم يسر إلى أمه، ولأنها وضعت ولداً مملوكاً فأشبه الزنا، ولأنها لا تكون أم ولد به قبل الابتياع؛ فكذٰلك بعده[٢].

مسألة ١٨٩٨

إذا ابتاعها حاملاً؛ ففيها روايتان[٣]:

فوجه قوله: إنها تكون أم ولد قوله: «أيما أمة ولدت من سيدها»[٤]؛ فعم، ولأنه قد ثبت له حرمة الحرية من جهة أبيه حال الحمل فسرى ذٰلك إلى أمه، أصله لو ابتدأ الحمل في ملكه[٥].

ووجه قوله: لا تكون أم ولد: أنه حمل خلق رقيقاً كمن ابتاعها بعد الوضع.

مسألة ١٨٩٩

إذا جنت أم الولد؛ فعلى السيد أن يفديها[٦]، خلافاً لأبي ثور[٧]؛ لأنه منع من بيعها بسبب لا يتعلق الأرش به بذمتها؛ فوجب أن يلزمه الضمان كما لو كان له عبد فجنى ومنع من بيعه، ولأنه سبب يمنع إسلامها؛ فوجب أن يفديها كما لو

= انظر: «المغني» (٩ / ٥٣٤)، «الإفصاح» (٢ / ٣٧٧).

(١) مضى تخريجه في المسألة السابقة.

(٢) ما قرره المصنف هو الراجح؛ لأنها علقت منه بمملوك فلم يثبت لها حكم الاستيلاد، كما لو زنى بها ثم اشتراها، ولأنّ الأصل الرق، وإنما خولف هٰذا الأصل فيما إذا حملت منه في ملكه بقول الصحابة رضي الله عنهم، ففيما عداه يبقى على الأصل. قاله ابن قدامة.

(٣) «المعونة» (٣ / ١٤٨٩، ١٤٩٤)، «جامع الأمهات» (ص ٥٣٩)، «الذخيرة» (١١ / ٣٤٢).

(٤) مضى تخريجه.

(٥) اقتصر ابن قدامة في «المغني» (٩ / ٥٣٤) على هٰذه الرواية عن المالكية؛ فلعلها المشهورة عندهم.

(٦) «جامع الأمهات» (ص ٥٣٩)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣ / ٣٩٦ ـ ٣٩٧)، «الذخيرة» (١١ / ٣٧٧).

(٧) «فقه الإمام أبي ثور» (٦٨٠).

قتلها[١].

مسألة ١٩٠٠

ليس للسيد إجارتها[٢]، خلافاً لأبي حنيفة[٣] والشافعي[٤]؛ لأن الحرمة المانعة من بيعها مانعة من إجارتها لأنه لم يبق له فيها إلا الوطء ولولاه لعتقت، ولأنه نوع من المعاوضة فيما كان يملكه فيها قبل ثبوت حرمة الاستيلاد؛ فلم يملكه منها بعده؛ كالبيع.

مسألة ١٩٠١

إذا أسلمت أم ولد الكافر وأبى أن يسلم؛ ففيها روايتان[٥]:

إحداهما: أنها تعتق عليه[٦].

والأخرى: تباع عليه[٧].

---

(١) ما قرره المصنف هو الصواب، وهو مذهب الحنفية.
انظر: «تكملة فتح القدير» (٨ / ٣٧٦)، «جمل الأحكام» (٢٦٨).

(٢) «الموطأ» (٢ / ٧٤٢)، «المدونة» (٣ / ٤٢)، «التفريع» (٢ / ٥)، «الرسالة» (٢٢٥)، «الكافي» (٥١٤)، «المقدمات» (٣ / ١٩٥)، «المعونة» (٣ / ١٤٩٢)، «جامع الأمهات» (ص ٥٣٩)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣ / ٣٩٦)، «الذخيرة» (١١ / ٣٧٨)

(٣) «بدائع الصنائع» (٢ / ٩٦٣ و٥ / ٢٤٥٩)، «جمل الأحكام» (٢٦٦، ٢٦٨)

(٤) «مختصر المزني» (٣٣٢)، «الإقناع» (٢١٠).

(٥) «المدونة» (٣ / ٥٣)، «الكافي» (٥١٥ ـ ٥١٦)، «المعونة» (٣ / ١٤٩٥)، «الذخيرة» (١١ / ٣٧٢).

(٦) هذا مذهب الليث بن سعد. انظر: «نوادر الفقهاء» (١١٩ ـ ١٢٠).
ذهب إلى هذا زفر من الحنفية، وعليها السعاية عنده، وذهب أحمد في المشهور عنه والشافعي إلى القول بمنع الكافر من وطئها والاستمتاع بها، ويحال ما بينهما، ولا يمكّن من الخلوة بها وأجبر على نفقتها، فإنْ أسلم حلّت له، وإن مات قبل إسلامه أو بعده عتقت بموته.
انظر: «المغني» (٩ / ٥٤٤)، «البناية» (٥ / ١٤١)، «تكملة المجموع» (١٦ / ٤١)، «المحلى» (٩ / ٢٠٨).

(٧) مذهب الحنفية أنها لا تعتق في الحال، وعليها أن تسعى في قيمتها، ولا تعتق حتى تؤدي السعاية، =

فوجه الأولى: أنه لم يكن له منها إلا الوطء وقد حرم بالإسلام؛ فوجب عتقها لأنه لا يجوز بقاء ملك على ملك لا ينتفع به بشيء من وجوه الانتفاع.

ووجه الثانية: أن النصراني غير متعبد بفروع الدين؛ فلم يلزمه حكمه؛ لأنه لما لم يمنع من بيعها قبل إسلامها كذٰلك بعده؛ كالعبد القن إذا أسلم.

* * * * *

= وهٰذا رواية عن أحمد وذٰلك لأن فيه جمعاً بين الحقين، حقها في أن لا يبقى ملك الكافر عليها، وحقه في حصول عوض ملكه، فأشبه بيعها إذا لم تكن أم ولد.
انظر: «البناية» (٥ / ١٤١)، «جُمل الأحكام» (٢٦٦)، «المغني» (٩ / ٥٤٤).

كتاب الوصايا

مسألة ١٩٠٢

لا تجب الوصية للأقارب الذين لا يرثون[١]، وذكر عن بعض التابعين وجوبها لمن لا يرث من الأقارب للوالدين إذا لم يكونا وارثين[٢]، وهو قول داود[٣].

فدليلنا قوله ﷺ لسعد وسأله التصدق بثلثي ماله قال: «لا». قال: فبالشطر. قال: «لا». قال: «فبالثلث. قال: «الثلث، والثلث كثير، إنك إن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس»[٤]؛ فعلل المنع بأن فيه إبقاء على الورثة، ولو كان ما تنازعناه واجباً لم يعتبر فيه بقاء الورثة بعده أغنياء أو عالة، ولأن كل من لا تجب عطيته في الحياة لم تجب بعد الوفاة؛ كالأجانب، ولأنها هبة كحال الحياة،

---

(١) «التفريع» (٢ / ٣٢٢)، «الرسالة» (٢٢٣)، «الكافي» (٥٥١)، «المعونة» (٣ / ١٦٢١)، «أسهل المدارك» (٣ / ٢٨٠)، «مواهب الجليل» (٦ / ٣٧٣)، «بداية المجتهد» (٢ / ٣٣٤)، «الذخيرة» (٧ / ٩).

(٢) روي عن ابن عمر وطلحة والزبير، وقال ابن حزم في «المحلى» (١٠ / ٤١٧): «وهو قول عبدالله بن أبي أوفى وطلحة بن مطرف، وطاوس، والشعبي، وغيرهم، وهو قول أبي سليمان وجميع أصحابنا».
وانظر: «المغني» (٦ / ٢).

(٣) «فقه داود» (٦٣١)، «المحلى» (١٠ / ٤٣٤).
وبه قال أبو بكر من الحنابلة.
انظر: «التحقيق» (٨ / ١٩٢ ـ ط قلعجي، و٣ / ١١٣ ـ مع «تنقيح ابن عبدالهادي»).

(٤) أخرجه البخاري في «صحيحه» (كتاب الوصايا، باب الوصية بالثلث، رقم ٢٧٤٣)، ومسلم في «صحيحه» (كتاب الوصية، باب الوصية بالثلث، رقم ١٦٢٩).

ولأن كل من لا يجب عليه إخراج ماله إلى شخص حال حياته؛ فكذٰلك بعد وفاته، أصله من لا قرابة له[١].

مسألة ١٩٠٣

إذا أوصى بمثل نصيب ابنه وله ابن واحد كان موصياً بماله كله[٢]، وقال أبو حنيفة[٣] والشافعي[٤]: يكون موصياً بنصف ماله.

فدليلنا أنه لما أحال في معرفة القدر الموصى به على نصيب ابنه متقرراً قبل الوصية وأن لا يكون مفتقراً في العلم بقدره إلى ربط الوصية به، وإذا كان نصيب ابنه قبل الوصية الكل، كان كأنه قال: قد وصيت لك بالكل؛ فأشبه أن يقول: لزيد دينار، وقد وصيت لعمرو بمثل نصيب زيد، فيقتضي أن يكون له دينار، ومتى ربطنا نصيب الابن بالوصية تناقض لأنه لا يحتاج أن يعلم مقدار نصيب الابن من مقدار الوصية والموصي قصد أن يعلم قدر الوصية من نصيب الابن، فلما أدى إلى هٰذا التناقض وجب سقوطه وصح ما قلناه.

---

(١) ما قرره المصنف هو الراجح، وهو مذهب الأئمة الأربعة.
انظر تفصيل ذٰلك في: «الحقوق المتعلقة بالتركة» لأحمد علي داود (ص ١٤٨ وما بعد)، «الوصايا والوقف» (١٥ ـ ١٧) لوهبة الزحيلي.
وانظر لمذهب الحنفية: «الاختيار» (٥ / ٧٧ ـ ٧٩)، «تبيين الحقائق» (٦ / ٢٠٠ ـ ٢٠١)، «تكملة فتح القدير» (١٠ / ٤٧٦)، «حاشية ابن عابدين» (٦ / ٦٨٣ ـ ٦٨٤).
ولمذهب الشافعية: «المجموع» (١٦ / ٣٧٣)، «روضة الطالبين» (٦ / ١٧٣ ـ ١٧٤)، «الحاوي الكبير» (٨ / ٣٠٢ ـ ط دار الكتب العلمية).
ولمذهب الحنابلة: «المغني» (٨ / ٣٩٤ ـ ٣٩٥)، «الإنصاف» (٧ / ٢٤٤)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ١١٣)، «كشاف القناع» (٤ / ٤٠٠).

(٢) «المدونة» (٤ / ٣١٤)، «التفريع» (٢ / ٣٢٧)، «الكافي» (٥٤٦ ـ ٥٤٧)، «المعونة» (٣ / ١٦٢٥)، «جامع الأمهات» (ص ٥٤٥)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣ / ٤٢١)، «الذخيرة» (٧ / ٦٧).

(٣) «مختصر الطحاوي» (١٥٧)، «الاختيار» (٥ / ٧٤).

(٤) «مختصر المزني» (١٤٣)، «حلية العلماء» (٦ / ١٠٤)، «الحاوي الكبير» (١٠ / ١٩).

مسألة ١٩٠٤

لا فرق بين أن يقول: وصيتُ لك بنصيب ابني أو بمثل نصيبه[١]. وقال الشافعي[٢]: إذا أوصى بنصيب ابنه بطلت الوصية.

فدليلنا أن نصيب الابن هو كل المال، فإذا لم يوص فالابن يستحقه كله، وإذا أوصى الأب به؛ فللأب منه الثلث، فينفذ للموصي ويكون الباقي موقوفاً على إجارة الابن، فإن أجازه؛ فقد أجاز نصيبه في الحقيقة؛ فلم يمنع[٣].

مسألة ١٩٠٥

إذا أجاز الورثة الوصية للوارث جازت له[٤]، خلافاً لمن قال: لا تصح له على

---

(١) «المعونة» (٣ / ١٦٢٥)، «جامع الأمهات» (ص ٥٤٥)، «الشرح الصغير» (٤ / ٥٩٧ ـ ٥٩٩)، «القوانين الفقهية» (ص ٤٠٦).
وهٰذا رأي زفر من الحنفية والحنابلة.
انظر: «المغني» (٦ / ٣٢ ـ ٣٦)، «نهاية المنتهى» (٢ / ٣٧٠)، «تكملة فتح القدير» (٨ / ٤٤٣).

(٢) «مختصر المزني» (١٤٣)، «المهذب» (١ / ٤٥٧)، «حلية العلماء» (٦ / ١٠٤)، «الحاوي الكبير» (١٠ / ١٩).
وهٰذا رأي أبي حنيفة وصاحبيه.
انظر: «اللباب» (٤ / ١٧٥)، «تكملة فتح القدير» (٨ / ٤٤٣).

(٣) ما قرره المصنف هو الراجح.
انظر: «الحقوق المتعلقة بالتركة» (ص ٤٠٢ ـ ٤٠٣) ليوسف قاسم، «الوصايا والوقف» (٩٢).

(٤) المشهود عندهم إن أجازوها كانت هبة مبتدأة منهم، لا تنفيذاً للوصية، وبه قال متأخروهم.
انظر: «الموطأ» (٢ / ٧٦٥)، «المدونة» (٤ / ٣٠٦)، «التفريع» (٢ / ٣٢٤)، «الرسالة» (٢٢٣)، «الكافي» (٥٤٤)، «المعونة» (٣ / ١٦٢٠)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣ / ٤٠١)، «الذخيرة» (٧ / ٢٨)، «التاج والإكليل» (٦ / ٣٦٨)، «المقدمات الممهدات» (٣ / ١١٤)، «جامع الأمهات» (ص ٥٤٢)، «معين الأحكام» (٢ / ٧٠٨)، «شرح زروق» (٢ / ١٧١)، «شرح الزرقاني على خليل» (٨ / ١٧٩)، «الخرشي» (٨ / ١٧١)، «الشرح الكبير» (٤ / ٤٢٧)، «حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني» (٢ / ٢٠٧)، «حاشية البناني» (٨ / ١٧٩).
(فائدة): قال الدسوقي في «حاشيته» (١ / ٢٦): «أول طبقات المتأخرين في المذهب ابن أبي زيد ومن بعده، والمتقدمون من قبله».

وجه[1]؛ لأن المنع هو حق للورثة، ولأنه محجور عليه لأجلهم لئلا يفضل بعضهم على بعض، فإذا أجازوا فقد تركوا حقوقهم فجاز ذٰلك لهم؛ لأن المنع إنما تعلق بحقهم، فجاز بإجازتهم، ولأنها وصية بمباح؛ فجاز أن تصح؛ كالوصية للأجنبي أو بزيادة على الثلث[2].

= وهٰذا مذهب الحنفية.

انظر: «الهداية» (٤ / ٢٣٣)، «بدائع الصنائع» (٧ / ٣٣٨)، «تبيين الحقائق» (٦ / ١٨٣)، «اللباب» (٤ / ١٦٩)، «البناية» (١٠ / ٤٠٨، ٤١٥ ـ ٤١٧)، «تحفة الفقهاء» (٣ / ٣٤١ ـ ٣٤٣)، «الدر المختار» (٦ / ٦٥٥ ـ ٦٥٦).

وهو الأظهر عند الشافعية، وهو المذهب عند الحنابلة. انظر مراجعهم في التعليق الآتي.

(١) منع ذٰلك أهل الظاهر.

انظر: «المحلى» (٩ / ٣١٩).

وفي ظاهر قول أحمد.

انظر: «مختصر الخرقي» (٨٠)، «المغني» (٦ / ٦)، «الهداية» (١ / ٢١٣) للكلوذاني، «الإنصاف» (٧ / ١٩٦)، «شرح الزركشي» (٧ / ١٩٦)، «كشاف القناع» (٤ / ٣٧٦)، «التنقيح المشبع» (ص ١٩٤).

وهو قول الشافعي والمزني.

انظر: «مختصر المزني»(١٤٣)، «المهذب» (١ / ٤٥١)، «روضة الطالبين» (٦ / ١٠٩)، «مغني المحتاج» (٣ / ٤٣)، «نهاية المحتاج» (٦ / ٤٨)، «حاشية البجيرمي» (٣ / ٢٤٩)، «حاشية الباجوري» (٢ / ٨٥)، «حلية العلماء» (٦ / ٦٩).

ونقله التميمي في «نوادر الفقهاء» (ص ١٥٢ ـ ١٥٣) عن أبي عبدالرحمٰن بن كيسان والمزني.

(٢) أخرج أبو داود في «المراسيل» (٣٤٩)، والدارقطني (٤ / ٩٧، ٩٨، ١٥٢) والبيهقي (٦ / ٢٦٣ ـ ٢٦٤) في «سننهما»، وابن الجوزي في «التحقيق» (٨ / ٢٠٣ ـ ٢٠٤ / رقم ١٨٨٩ ـ ط قلعجي)؛ عن عبدالله بن عمرو رفعه: «لا تجوز وصية لوارث إلا أن يشاء الورثة»، وفي رواية: «إلا أن يجيزها الورثة».

والحديث له طرق ومخارج، وصح دون: «إلا أن يشاء ـ أو يجيزها ـ الورثة».

انظر: «تنقيح التحقيق» (٣ / ١١٧ ـ ١١٨) لمحمد بن عبدالهادي، تعليقي على «سنن الدارقطني» (الأرقام ٤٠٧٠، ٤٠٧٤، ٤٠٧٥، ٤٢١٠ ـ ٤٢١٢).

وصح من حديث أبي أمامة رفعه: «إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه؛ فلا وصية لوارث».

وهٰذا يؤيد مذهب المانعين، وانظر تخريجه في تعليقي على «سنن الدارقطني» (رقم ٢٩٢٢)، =

مسألة ١٩٠٦

إذا أجاز الورثة ما زاد على الثلث والوصية للوارث كان ذٰلك تنفيذاً منهم لفعل الموصي، ولم يكن ابتداء عطية منهم للموصى له[١]، وللشافعي قوله: إنه يكون ابتداء عطية منهم[٢].

ودليلنا أن المنع هو لحق الورثة، فإذا أجازوه، فإنما تركوا ما كان لهم من حق الفسخ، فصح بتركهم الفسخ فعل الميت وصاروا كأنهم أذنوا له أن يوصي بأكثر من ثلثه وصار الميت كأنه أوصى بماله أن يوصي وهو الثلث الذي لا اعتراض لهم فيه[٣].

= وتحسينه في «تنقيح التحقيق» (٨ / ٢٠٣) للذهبي، «فتح الباري» (٥ / ٣٧٢)، «التلخيص الحبير» (٣ / ٩٢).

وانظر بسط المسألة مع أدلتها: «فتح الباري» (٥ / ٢٧٩)، «أحكام إذن الإنسان» (٢ / ٦٨٢ - ٦٨٦)، «الحقوق المتعلقة بالتركة» (١٣٦ - ١٣٨، ١٥٧) لأحمد داود.

(١) «المدونة» (٤ / ٣٠١)، «التفريع» (٢ / ٣٢١ - ٣٢٢)، «فصول الأحكام» (٢٢٢)، «الرسالة» (٢٢٣)، «الكافي» (٥٤٤)، «المعونة» (٣ / ١٦٢٢)، «أسهل المدارك» (٣ / ٢٧٣)، «مواهب الجليل» (٦ / ٣٦٨)، «جامع الأمهات» (ص ٥٤٢)، «معين الحكام» (٢ / ٧٠٨)، «شرح زروق على الرسالة» (٢ / ١٧١)، «شرح الزرقاني» (٨ / ١٧٩)، «الخرشي» (٨ / ١٧١)، «الشرح الكبير» (٤ / ٤٢٧)، «حاشية الدسوقي» (٤ / ٤٢٧)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣ / ٤٠١)، «الذخيرة» (٧ / ٤١)، «إيضاح السالك» (ص ٣١٣، ق ٨١)، «قواعد المقّري» (رقم ١١٧٤).

(٢) «الإقناع» (١٣٠)، «المهذب» (١ / ٤٥٧)، «المجموع» (١٦ / ٤٠٥، ٣٧٩، ٣٨١، ٤٦٥)، «مغني المحتاج» (٣ / ٤٧)، «روضة الطالبين» (٦ / ١٢٢)، «الحاوي الكبير» (٨ / ١٩٦ - ١٩٧، ٢٠٨ - ط دار الكتب العلمية)، «الاعتناء» (٢ / ٧٦٨، ٧٧١) - وفيه: «إنها تنفيذ لما فعله الميت، وهو أصح القولين» -، «مختصر الخلافيات» (٤ / ٤٤ / رقم ١٧١).

وهٰذا هو المشهور عند المالكية أنفسهم أيضاً.

انظر: «حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني» (٢ / ٢٠٧)، «حاشية البناني» (٨ / ١٧٩)، «حاشية الدسوقي» (٤ / ٤٢٧).

(٣) الخلاف في هٰذه المسألة كالتي قبلها.

وانظر فيها عدا المراجع السابقة: «تنقيح التحقيق» (٣ / ١١٦ - ١١٨) لمحمد بن عبدالهادي، =

مسألة ١٩٠٧

إذا أذنوا له في المرض المخوف الذي يمنع فيه التصرف في ماله أن يوصي لوارث وبزيادة على الثلث لم يكن لهم الرجوع فيه[١]، وقال أبو حنيفة[٢] والشافعي[٣]: لهم الرجوع، ولا يلزمهم الإذن إلا بعد الموت، وحكي عن قوم لزوم ذٰلك لهم في الصحة والمرض[٤].

فدليلنا أنها حال يملكون عليه الحجر فيها، فإذا أذنوا له فيما لهم منعه منه لزمهم كالسيد إذا أذن لعبده والزوج لامرأته في الحج، ولأنه حال يعتبر عطيته فيها من الثلث كبعد الموت[٥].

مسألة ١٩٠٨

هبات المريض وعطاياه وعتقه وكل ما يخرجه من ماله على غير معاوضة موقوف غير متنجّز، فإنْ صحَّ لزمه وإن مات كان من الثلث[٦]. وقال داود: كل ذٰلك جائز من رأس المال[٧].

= «تقرير القواعد» (٣/ ٣٦٥ وما بعد ـ بتحقيقي).

وفيه فوائد كثيرة للخلاف في هٰذه القاعدة (إجازة الورثة، هل هي تنفيذ للوصية أو ابتداء عطية).

(١) «المدونة» (٤ / ٣٠١)، «التفريع» (٢ / ٣٢١ ـ ٣٢٢)، «الرسالة» (٢٢٣)، «الكافي» (٥٤٤)، «المعونة» (٣/ ١٦٢٢)، «جامع الأمهات» (ص ٥٤٢)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣/ ٤٠٢).

(٢) «مختصر الطحاوي» (١٥٨ ـ ١٥٩)، «الهداية» (٤ / ٢٣٢)، «تبيين الحقائق» (٦ / ١٨٢)، «المبسوط» (٢٧ / ١٥٤)، «أدب القضاء» (٥٣٠) للسروجي.

(٣) «الإقناع» (١٣٠)، «المهذب» (١ / ٤٥٧)، «حلية العلماء» (٦ / ٧٠)، «مغني المحتاج» (٣ / ٤٦)، «حاشية الباجوري» (٢/ ٨٥)، «منهج الطلاب» (٣/ ٢٤٩).

(٤) هو قول الحسن البصري وعطاء، أفاده الشاشي في «حلية العلماء» (٦ / ٧٠).

(٥) انظر بسط المسألة في: «أحكام الأهلية والوصية» للدكتور السباعي (ص ٩٧)، «الحقوق المتعلقة بالتركة» (ص ١٣٨).

(٦) «الموطأ» (٢ / ٧٥٢)، «شرح الزرقاني عليه» (٤ / ٤٥)، «المدونة» (٤ / ٢٨٢، ٣٢٦)، «التفريع» (٢ / ٣٣١)، «الكافي» (٥٤٥)، «المعونة» (٣/ ١٦٢٣)، «جامع الأمهات» (ص ٥٤١)، «الذخيرة» (٧ / ١٤٦)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣/ ٤٠٢)، «الشرح الكبير» (٤ / ٤٤٤).

(٧) «المحلى» (٩ / ١٦٠)، «المغني» (٦ / ٧١).

فدليلنا قوله ﷺ قال: «إن الله جعل لكم ثلث أموالكم عند موتكم»[١]، فأخبر أنه ليس له إلا الثلث؛ فلم يجز زيادة عليه، ولحديث عمران بن حصين: «إن رجلاً أعتق في مرضه ستة أعبد له لا مال له غيرهم، فبلغ ذٰلك النبي ﷺ، فتغيظ لذٰلك غيظاً شديداً ثم دعا بهم فأقرع بينهم، فأعتق منهم اثنين وأرق أربعة»[٢].

ولأن حضور سبب الموت جار في ذٰلك مجرى حضور نفس الموت، فإن منعوا ذٰلك دل عليه بإجماع الصحابة؛ لأن أبا بكر رضي الله عنه قال لعائشة رضي الله عنها: «إني كنت نحلتك جذاذ عشرين وسقاً ولو كنت حُزْتيه لكان ذٰلك، وإنما هو اليوم مال الوارث»[٣]، فبين أن حق الورثة متعلق به في هٰذه الحال، وأن ذٰلك هو المانع من تسليمه إليها ولم يخالف عليه أحد، ولأنه ابتداء عطية في المرض؛ كالوصية[٤].

---

(١) أخرجه ابن ماجه في «سننه» (٢٧٠٩)، والطحاوي في «المشكل» (٢ / ٤١٩)، وأبو نعيم في «الحلية» (٣ / ٣٢٢)، والبيهقي في «سننه» (٦ / ٢٦٩)؛ عن أبي هريرة رفعه بنحوه.
وإسناده ضعيف جداً.
فيه طلحة بن عمرو الحضرمي، متروك.
وانظر: «التلخيص الحبير» (٣ / ٩١).
وفي الباب عن أبي الدرداء عند أحمد (٦ / ٤٤٠ ـ ٤٤١)، وعن معاذ عند الدارقطني (٤ / ١٥٠)، وإسناد كل منهما ضعيف. انظر تعليقي على: «سنن الدارقطني» (رقم ٤٢٠٤).

(٢) مضى تخريجه.

(٣) أخرجه مالك في «الموطأ» (٢ / ٧٥٢ ـ رواية يحيى، و٢ / ٤٨٣ ـ رواية أبي مصعب، وص ٢٣٦ ـ رواية سويد ـ ط دار الغرب)، وابن سعد في «الطبقات الكبرى» (٣ / ١٩٤)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٦ / ٢٦٩ ـ ٢٧٠)، واللالكائي في «كرامات الأولياء» (رقم ٦٢).
وإسناده صحيح.
انظر: «الاستذكار» (٢٢ / ٢٩٣ ـ ٢٩٥) لابن عبدالبر.
و (جذاذ): صوابه بالدال المهملة، قال ابن الأثير في «جامع الأصول» (١١ / ٦٢١): «جاد عشرين وسقاً: الجاد النخل الذي يجدّ من ثمرته مقدار معلوم، والمراد أنه أعطاها نخلاً يقطع من ثمرته عشرون وسقاً. والجد: اجتناء ثمر النخيل».

(٤) ما قرره المصنف هو الراجح، وبه قال جماهير أهل العلم، والحمد لله.

مسألة ١٩٠٩

إذا أوصى بسهم من ماله أو جزء أو بنصيب؛ فلأصحابنا فيه ثلاثة مذاهب[(١)]:

أحدها: أن له الثمن.

والآخر: السدس.

والثالث: أنه ينظر مقدار ما انقسمت عليه الفريضة بالأصل أو بالضرب فيعطي سهماً منها واتفقوا على أنه لا يبلغ به زيادة على السدس.

وقال أبو حنيفة: يكون له مثل أقل سهام الورثة ما لم يزد على السدس، فإن زاد كان له السدس[(٢)].

وقال الشافعي: لا حد في ذلك، ويدفع إليه الورثة ما شاؤوا من غير مقدار[(٣)].

فدليلنا على الشافعي أنه لا بد من حد بين الوصية بالسهم والجزء والنصيب

= وانظر: «مختصر الطحاوي» (ص ١٥٩)، «النتف» (٢ / ٨١٧ ـ ٨١٨)، «أدب القضاء» (٥١٩)، «الوصايا والوقف» (١١٣ ـ ١١٤) للزحيلي.

(١) «المعونة» (٣ / ١٦٢٦)، «الكافي» (٥٤٧)، «أسهل المدارك» (٣ / ٢٧٧)، «مواهب الجليل» (٦ / ٣٨٥)، «جامع الأمهات» (ص ٥٤٦)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣ / ٤٢١).

(٢) «الجامع الصغير» (٥٢٢)، «مختصر الطحاوي» (١٥٧)، «اللباب» (٤ / ١٧٦)، «الاختيار» (٥ / ٧٤)، «رد المحتار» (٦ / ٦٧٠)، «تبيين الحقائق» (٦ / ١٨٩)، «فتح القدير» (٧ / ٤٤٢)، «المبسوط» (٢٧ / ١٤٥)، «البناية» (١٠ / ٤٤٢)، «بدائع الصنائع» (٧ / ٣٥٦).

ومذهب الحنابلة: له السدس إلا أن يقول الفريضة، فيعطى سدساً عائلاً، وفي رواية أنه يعطى أقل سهام الورثة، وإن نقص ذلك عن السدس؛ فإن زاد على السدس أعطي السدس.

انظر: «المغني» (٨ / ٤٢٣)، «الإنصاف» (٧ / ٢٧٨ ـ ٢٨٠)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ١١٦)، «كشاف القناع» (٤ / ٣٨٤ ـ ٣٨٥)، «الإفصاح» (٢ / ٧٥).

(٣) «الأم» (٤ / ٩٠)، «مختصر المزني» (١٤٣)، «الإقناع» (١٣٠)، «المهذب» (١ / ٤٥٠)، «الحاوي الكبير» (٨ / ٢٠٦ ـ ط دار الكتب العلمية)، «المجموع» (١٦ / ٤٥٨)، «روضة الطالبين» (٦ / ٢٢٢)، «حلية العلماء» (٦ / ١٠١)، «مختصر الخلافيات» (٤ / ٤٤ / رقم ١٧٠).

وبين الوصية بالشيء لأنهم السهم والجزء اسم لمقدر يقال: هٰذا المال سهم على كذا وكذا بينهما، فيفاد بذٰلك الإبانة عن مبلغ مقدار ما لكل واحد منهم، وإذا ثبت ذٰلك ثم وصى بسهم من ماله صار كأنه قال: قد وصيت لك بمقدار ولم يبينه فيفارق ذٰلك قوله: وصيت بشيء إلى أن يطلب ذٰلك المقدار، فإذا ثبت ذٰلك؛ فوجه اعتبار الثمن أنه أقل السهام، ووجه اعتبار السدس أنه أقل السهام المستحقة بأصل الميراث، بخلاف الثمن لأنه ليس بأصل، وإنما ينصرف إليه بالحجب، ووجه اعتبار سهام الفريضة أن قوله: سهم من مال لا ينصرف إلى الفرائض المتحددة(١) دون سهام الفريضة بدليل أنه لو كان ورثته عصبة لم ينصرف إلى ذٰلك فيهم فصح ما قلناه(٢).

مسألة ١٩١٠

إذا أوصى لرجل(٣) بنصف ماله ولآخر بثلث ماله ولم يجز الورثة الزيادة على الثلث تضارب الموصى لهم في الثلث على خمسة أسهم للموصى له بالنصف ثلاثة أسهم ولصاحب الثلث سهمان(٤)، وقال أبو حنيفة: يقسمان الثلث نصفين(٥).

---

(١) في الأصل: «المتخذة»!!

(٢) أعلا ما وقفتُ عليه في المسألة ما أخرجه سعيد بن منصور في «سننه» (١٥٦٨) عن الحسن في رجل أوصى بسهم من ماله، قال: له السدس على كل حال.
وانظر: «اختلاف العلماء» (٢٣١) للمروزي.

(٣) في الأصل: «الرجل».

(٤) «المدونة» (٤ / ٣١٧)، «التفريع» (٢ / ٣٢٤، ٣٢٧)، «المعونة» (٣ / ١٦٢٤)، «الذخيرة» (٧ / ٧١)، «حاشية الدسوقي» (٤ / ٤٥٤).

(٥) قال أبو حنيفة: يقسم الثلث بينهما مناصفة؛ لأن الوصية إذا زادت عن الثلث ولم تجز الورثة تكون باطلة في القدر الزائد، فيكون هناك وصيتان كلتاهما بالثلث تتزاحمان فيه، فيكون ثلث التركة بين الموصى لهما نصفين، وهٰذا هو المفتى به عند الحنفية.
وقال الصاحبان وبقية الأئمة: يقسم الثلث بينهما بنسبة أنصبائهم في الوصية، ولا يلغى الزائد على الثلث ـ كما قال أبو حنيفة ـ لأنه يلزم مراعاة رغبة الموصي بقدر الإمكان، في تفضيل بعض الموصى لهم على بعض.
واستثنى أبو حنيفة ثلاث حالات: هي المحاباة، والدراهم المرسلة، والسعاية، وافق فيها الصاحبين =

فدليلنا أنهما وصيتان يقتسمان لو كانتا مرسلتين على التفصيل، فكذٰلك إذا كانتا مقيدتين، أصله إذا أوصى بالسدس والثمن، ولأنها وصايا تتفاضل إذا قصرت عن الثلث بحسابها، فوجب أن تتفاضل في قسمة الثلث عليها إذا زادت عليه؛ كالمرسلة[١].

مسألة ١٩١١

إذا أوصى لرجل بجميع ماله ولآخر بثلثه قسم الثلث بينهما على أربعة أسهم إذا لم يجز الورثة[٢]، وقال أبو حنيفة في إحدى روايتيه للموصى له بجميع المال

= في القسمة بحسب السهام، وليس مناصفة، أوضح هنا الحالتين الأوليين، أما الثالثة؛ فلا حاجة لبيانها بالعبيد؛ فهي غير واقعية الآن.

أما المحاباة؛ فهي محاباة بعض الناس في ثمن البيع، كأن يوصي شخص بأن تباع سيارته التي تساوي قيمتها ثلاث آلاف بألف والسيارة التي تعادل قيمتها ستة آلاف بألفين، علماً بأنه لا مال له سواهما، فهو يريد الوصية بفرق السعرين، فيقسم الثلث وهو الثلاثة الآلاف بينهما أثلاثاً، ثلثه للأول وثلثاه للثاني.

وأما الدراهم المرسلة (المرسلة: أي المطلقة غير المقيدة بثالث أو ربع أو نحوهما)؛ فهي أن يوصي لشخص بأربع مئة دينار، ولآخر بثمان مئة وتركته كلها ألف ومئتا دينار، ولم تجز الورثة؛ فكأنه أوصى لواحد بالثلث، ولآخر بالثلثين، فيقسم الثلث بينهما أثلاثاً، للأول ثلثه، وللآخر ثلثاه.

وسبب الاستثناء في رأي أبي حنيفة: أن الموصي لم يصرح في وصيته بما يبطلها وهو الزيادة على الثلث، وإنما جاء البطلان من الواقع بطريق المزاحمة وضيق التركة وعدم وفاء ثلثها بالوصيتين، ومن الممكن أن يظهر له مال فوق هٰذا المقدار، فلا تبطل الوصية.

انظر: «الهداية» (٤ / ٢٤٨)، «مختصر الطحاوي» (١٥٨)، «اللباب» (٤ / ١٧٤، ١٧٧)، «بدائع الصنائع» (٧ / ٣٧١)، «البحر الرائق» (٨ / ٥٠٣)، «الاختيار» (٥ / ٧٣)، «تكملة فتح القدير» (٨ / ٤٦٧ ـ ٤٦٩)، «حاشية ابن عابدين» (٥ / ٤٦٨).

(١) ما قرره المصنف هو الراجح، وبه قال الشافعية والحنابلة.

انظر: «المهذب» (١ / ٤٥٤)، «حاشية الباجوري» (٢ / ٨٦ ـ ٨٨)، «المغني» (٦ / ٤٩ ـ ٥٠)، «كشاف القناع» (٢ / ٥٠٧)، «الوصايا والوقف» (١٠٣ ـ ١٠٤)، «الحقوق المتعلقة بالتركة» (١٦٦ ـ ١٦٨) لأحمد داود، «الحقوق المتعلقة بالتركة» (٤٠٢ ـ ٤٠٣) ليوسف قاسم، «الميراث في الشريعة الإسلامية» (ص ١٠٨ ـ ١٠٩).

(٢) المراجع في المسألة السابقة.

خمسة أسداسه وللموصى له بالثلث سدسه[١].

فدليلنا أن السهام المستحقة إذا ضاق عنها قدر ما حصل من المال وجب قسمتها بين المستحقين على قدر ما حصل لكل واحد منهم من غير تخصيص بعضهم بزيادة كسهام الورثة في العول.

مسألة ١٩١٢

تصح وصية الصبي المميِّز الذي يعقل وجوه القرب[٢]، وقال أبو حنيفة[٣] والشافعي في أحد قوليه[٤]: لا تصح وصية لدون البالغ.

---

(١) المراجع في المسألة السابقة.

(٢) «الموطأ» (٤ / ٧٦٢)، «التفريع» (٢ / ٣٢٥)، «الكافي» (٥٤٥)، «المعونة» (٣ / ١٦٢٨)، «جامع الأمهات» (ص ٥٤١)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣ / ٣٩٩)، «الذخيرة» (٧ / ١٠)، «شرح تحفة الحكام» (٢ / ٢١٤) لميارة، «الشرح الصغير» (٤ / ٥٨٠).

وهٰذا قول راجح عند الشافعية، رجَّحه جمع من الأصحاب في المذهب الشافعي؛ كما في مصادرهم الآتية قريباً.

وهٰذا مذهب الحنابلة. انظر: «المغني» (٦ / ١٠١).

وأسنده الدارمي في «سننه» (كتاب الوصايا، باب وصية الغلام، من قال تجوز، ١٠ / ٣٨٤ ـ ٣٩٠ ـ مع «فتح المنان») عن عمر بن عبدالعزيز وشريح، وقال الدارمي عقبه: «يعجبني، والقضاة لا يجيزون»؛ فهٰذا مذهب الدارمي وإبراهيم النخعي وعبدالله بن عتبة.

وانظر: «سنن سعيد بن منصور» (١ / ١٢٧ ـ ١٢٨)، «مصنف عبدالرزاق» (٩ / ٧٩ ـ ٨٠)، «مصنف ابن أبي شيبة» (١١ / ١٨٣ ـ ١٨٥)، «أخبار القضاة» لوكيع (٢ / ٢٧٠ ـ ٢٧١، ٣١٥).

(تنبيه مهم): صحف طابعوا «سنن الدارمي» عنوان الباب إلى (باب الوصية للغلام) وما تحته لا يدلل على هٰذا العنوان، وورد على الجادة في النسخ الخطية و«فتح المنان»؛ فتنبه.

(٣) «مختصر الطحاوي» (١٦١)، «الاختيار» (٥ / ٦٤)، «الهداية» (٤ / ٢٣٤)، «المبسوط» (٢٨ / ٩٢)، «أدب القضاء» (٨ / ٥٢٧ ـ ٥٢٨) للسروجي، «النتف» (٢ / ٨٢١) للسغدي، «بدائع الصنائع» (٧ / ٣٣٤)، «تبيين الحقائق» (٦ / ١٨٥)، «مجمع الأنهر» (٢ / ٨٩٦)، «تكملة فتح القدير» (٩ / ٣٥٨ ـ ٣٥٩، ٤٢٩)، «حاشية ابن عابدين» (٦ / ٦٥٦ ـ ٦٥٧)، «جملة الأحكام» (٢٠٧).

(٤) «الإقناع» (١٢٩)، «حلية العلماء» (٦ / ٦٩)، «المهذب» (١ / ٤٥٧)، «روضة الطالبين» (٦ / =

فدليلنا إجماع الصحابة لأنه مروي عن عمر[1] وعثمان[2] وعلي[3] وغيرهم ولا مخالف لهم[4]، ولأنه عاقل عارف بوجوه القرب؛ كالبالغ ولأن الفقر مأمون عليه

= ٩٧)، «نهايا ة المحتاج» (٦ / ٤٢)، «مغني المحتاج» (٣ / ٣٩).

وذهب إلى المنع الحسن ومجاهد وابن حزم في «المحلى» (٩ / ٣٣٠، مسألة ١٧٦٢).

وأسنده الدارمي في «السنن» (كتاب الوصايا، باب وصية الغلام، من قال لا تجوز، ١٠ / ٣٩١ - ٣٩٢ - مع «فتح المنان») عن الزهري والحسن وابن عباس - وسيأتي تخريجه - وحميد بن عبدالرحمٰن الحميري.

(١) أخرج مالك في «الموطأ» (٢ / ٧٦٢) - ومن طريقه البيهقي في «السنن الكبرى» (٦ / ٢٨٢)، وابن حزم في «المحلى» (٩ / ٣٣٠) -، وابن أبي شيبة (٧ / ٢٩٧ - ط دار الفكر و١١ / ١٨٣ - ط الهندية)، وعبدالرزاق (٩ / ٧٧ - ٧٨ / رقم ١٦٤٠٩ - ١٦٤١١) في «مصنفيهما»، والدارمي (٣٢٧٨، ٣٢٩٠، ٣٢٩١) وسعيد بن منصـ (٤٣٠، ٤٣١) في «سننهما»؛ من طريقين: أن غلاماً من غسان حضرته الوفاة بالمدينة، ووارثه بالشام، فذكر ذٰلك لعمر بن الخطاب، فقيل له: إن فلاناً يموت، أفيوصي؟ قال: فليوص. قال أبو بكر بن حزم (وهو الراوي عن عمر في إحدى طريقيه ولم يسمع منه): وكان الغلام ابن عشر سنين أو اثنتي عشرة سنة. قال: فأوصى ببئر جشم، فباعها أهلها بثلاثين ألف درهم.

والأثر صحيح بطريقيه.

انظر: «التلخيص الحبير» (٣ / ٩٥)، «نصب الراية» (٤ / ٤٠٦ - ٤١٧)، «الجوهري النقي» (٦ / ٢٨٢).

(٢) أخرج ابن أبي شيبة في «المصنف» (٧ / ٢٩٨) عن الزهري: إن عثمان أجاز وصية ابن إحدى عشرة سنة.

وهو منقطع، الزهري لم يدرك عثمان.

(٣) أخرج ابن أبي شيبة في «المصنف» (٧ / ٢٩٩ - ط دار الفكر و١١ / ١٨٥ - ط الهندية) عن أبي عمرو بن المغيرة؛ قال: اختصم إلى علي [في] ظئر غلام، فأمر علي أن نعتقه فأعتقناه.

وأبو عمرو هٰذا لم أظفر به، ولا يوجد له في «مسند علي» ليوسف أوزبك (٦ / ٢٣٤٠) - على سعته - إلا هٰذا الأثر، ولعله المنسوب إلى جده: «أبو عمرو بن حفص بن المغيرة المخزومي»، وهٰذا صحابي، والراوي عنه الأثر المذكور هو عمارة بن حفصة، وسماعه من الصحابة، فيه نظر، فإنْ كان هو فاحتمال الانقطاع قوي، والله أعلم.

(٤) ليس كذٰلك، بل أخرج ابن أبي شيبة (١١ / ١٨٦ / رقم ١٠٩٠٨ - ط الهندية) وعبدالرزاق (٩ / ٨٠ / رقم ١٦٤٢١) في «مصنفيهما»، والدارمي في «السنن» (رقم ٣٥٥٣ - «فتح المنان»)؛ عن حجاج =

بعد الموت فلا يبقى موضع يمنع الوصية[١].

مسألة ١٩١٣

تصح الوصية إلى المرأة والعبد كان له أو لغيره[٢]، خلافاً للشافعي[٣]؛ لأنها وصية إلى عاقل مأمون في نفسه يتأتى منه تنفيذها فأشبه الحر الذكر.

مسألة ١٩١٤

إذا وصى له بثلث شيء بعينه فتلف ثلثاه كان للموصى له بالثلث الباقي إذا

= بن أرطأة، عن عطاء، عن ابن عباس؛ قال: «لا يجوز طلاق الصبي ولا عتقه ولا وصيته، ولا شراؤه ولا بيعه ولا شيء».
وإسناده ضعيف.

(١) ماقرره المصنف صحيح، وبه قال غير واحد من السلف كما قدمناه.
وانظر بسط المسألة في: «الحقوق المتعلقة بالتركة» لأحمد داود (١٢٠ ـ ١٢١)، «الحقوق المتعلقة بالتركة» (ص ٣٦١ ـ ٣٦٢) ليوسف قاسم، «الوصايا والوقف» (٢٧) لوهبة الزحيلي.

(٢) «المدونة» (٤ / ٢٨٧)، «التفريع» (٢ / ٣٢٦)، «الكافي» (٥٤٨)، «المعونة» (٣ / ١٦٢٨)، «جامع الأمهات» (ص ٥٤٧)، «الذخيرة» (٧ / ١٣)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣ / ٣٩٩)، «مواهب الجليل» (٤ / ٤٢٥).
وهٰذا مذهب الحنفية في المرأة.
انظر: «جمل الأحكام» (١٧٨).
ومذهبهم في العبد: إذا أوصى إلى عبد غيره وهٰذا الغير يكون وارثاً له لم تجز الوصية؛ لأن الوصية نفع لمولاه؛ لأن الملك يقع له؛ فكانت الوصية لوارثه فلا تصح.
وإذا أوصى إلى عبد نفسه، فإنْ كان في الورثة كبار لم تجز، وإن كانت الورثة كلهم صغاراً جازت عند أبي حنيفة، وعند صاحبيه: لا تجوز.
انظر: «بدائع الصنائع» (١٠ / ١٨٥٧)، «جمل الأحكام» (٢٣٢)، «فتح القدير» (٨ / ٤٩٢)، «الفتاوى الهندية» (٦ / ١٣٧)، «الفروق» للكرابيسي (٢ / ٣٠٤).

(٣) الوصية للمرأة تصح عند الشافعية، أما الخلاف عندهم؛ فهو إن كان الموصى له عبده فعندهم لا تصح.
انظر: «الأم» (٤ / ١٢٠)، «مختصر المزني» (١٤٦)، «روضة الطالبين» (٦ / ٩٧)، «حلية العلماء» (٦ / ١٤٦).

احتمله ثلث المال[١]، وحكي عن أبي ثور أنه قال: يكون له ثلث الثلث الباقي وللورثة ثلثاه[٢].

ودليلنا أن الثلث يحتمل ما وصى به وما بقي منه؛ فوجب أن يستحقه كما لو أوصى له بعبدٍ أو بثوب واحتمله الثلث[٣].

مسألة ١٩١٥

إذا أوصى له بأبيه أو بابنه فأبى أن يقبله لم يلزمه قبوله[٤]، وحكي عن قوم: أنهم أوجبوا عليه قبوله[٥].

فدليلنا أنها وصية؛ فلم يلزم قبولها كالوصية بالمال، ولأنه استجلاب مال فلم يجب، أصله الابتياع.

مسألة ١٩١٦

إذا أوصى بشيء من ماله بعينه ناض وله عروض وديون وعقار وأموال غائبة والناض يكون ثلث جميع ماله، فقال الورثة: لا نجيز؛ فهم بالخيار بين أن يجيزوا الناض كله أو يفرجوا له عن ثلث الميت كله؛ فيكون للموصى له ثلث جميع التركة[٦].

---

(١) «المدونة» (٤ / ٢٧٨)، «التفريع» (٢ / ٣٢٨)، «الكافي» (٥٥٢)، «المعونة» (٣ / ١٦٣٣)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣ / ٤٢٥).

(٢) «المحلى» (١٠ / ٤٣٣)، والمسألة غير موجودة في «فقه الإمام أبي ثور».

(٣) ما قرره المصنف قوي وراجح، وهو مذهب جماهير أهل العلم.

(٤) «جامع الأمهات» (ص ٥٤٦).

(٥) هٰذا وجه عند الحنابلة.

انظر: «المحرر» (١ / ٣٨٥)، «تقرير القواعد» (٣ / ٣٧٥ ـ بتحقيقي).

مذهب الحنفية: لو لم يقْبل ولم يَرُدّ حتى مات الموصَى له بعد موت الموصى لزمته الوصية.

انظر: «جمل الأحكام» (٣١٩).

(٦) «المدونة» (٤ / ٣٠٥)، «التفريع» (٢ / ٣٢٤)، «الرسالة» (٢٢٣)، «الكافي» (٥٥٠)، «المعونة» (٣ / ١٦٤٤)، «جامع الأمهات» (ص ٥٤٥)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣ / ٤٠٨)، «المنتقى» (٦ / ١٦٣).

وقال أبو حنيفة[١] والشافعي[٢]: للموصى له ثلث ذلك الشيء لا يزاد عليه ويكون بقيمة باقيه شريكاً في باقي تركة الميت حتى يستوفي قيمة الثلث لا يزاد عليه.

فدليلنا أن الورثة يتعدى عليهم لأن الميت لم يكن له أن يوصي من شيء بعينه لأنه لا يؤمن عليه أن يتلف باقي المال، فتصل الوصية إلى الموصى له قبل وصول الميراث إلى الورثة، فإذا ثبت ذلك؛ فالمتعدى عليه مخير في الأصول، فيقال للورثة: أنتم بالخيار بين أن يجيزوا للميت ما وصى له أو يفرجوا عنه عن الثلث الذي كان مستحقاً له لأنه إنما تركه إلى ما فعله، فإذا لم ينجزوه له عادت الوصية إلى ما كانت متعلقة به في الأصل، وذلك كالعبد إذا جنى فإن الجناية متعلقة برقبته، فإما فداه السيد وإما أسلمه، فإن فداه وإلا أفرج عنه، كذلك في مسألتنا.

مسألة ١٩١٧

إذا أوصى بعبد أو بثوب أو بشيء بعينه لرجل ثم وصى به لآخر ولم يذكر رجوعاً عن الأول؛ فإنه يكون بينهما نصفين[٣]. قال عطاء وطاوس[٤] فيما حكي عنهما: إنه يكون للآخر ويكون رجوعاً عن الأول.

فدليلنا أنه إذا لم يذكر رجوعاً عن الأول لم يجز أن يكون جميع العبد لكل واحد منهما، ولا كان أحدهما أولى به من الآخر لم يبق إلا أن يكون بينهما

---

(١) «مختصر الطحاوي» (١٥٨)، «البناية» (١٠ / ٤٤١)، «المبسوط» (٢٨ / ٢٧)، «الفتاوى الهندية» (٦ / ١٣٩)، «جمل الأحكام» (٣٧٦ ـ ٣٧٧).

(٢) «الإقناع» (١٣٠).

(٣) «المدونة» (١ / ٣١٣)، «الكافي» (٥٤٥)، «المعونة» (٣ / ١٦٤٣)، «جامع الأمهات» (ص ٥٤٢)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣ / ٤٢٤).

(٤) قال ابن قدامة في «المغني» (٦ / ٦٤): «وقال جابر بن زيد والحسن وعطاء وطاوس وداود: وصيته للآخر منهما؛ لأنه وصَّى للثاني بما وصَّى به للأول فكان رجوعاً، كما لو قال: ما وصيتُ به لبشر فهو لبكر، ولأن الثانية تنافي الأول، فإذا أتى بها كان رجوعاً، كما لو قال: هذا لورثتي». ونقله ابن بنت نعيم في «نوادر الفقهاء» (ص ١٤٩) عن سوار بن عبدالله العنبري.
ونسب الشاشي في «حلية العلماء» (٦ / ١٣٣) إلى داود القول بأن الوصية للأول دون الثاني.

لتساويهما في سبب الاستحقاق وهو الوصية به[١].

مسألة ١٩١٨

إذا أوصى لبني فلان وهم قبيلة لا يحصون كبني تميم وتغلب؛ فالوصية صحيحة[٢]، وقال أبو حنيفة: الوصية باطلة[٣].

فدليلنا قوله تعالى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ﴾ [النساء: ١١]، ولأنها وصية لفرقة غير معينة ولا محصية كالفقراء، ولأن النسب معنى يتعرف به الجنس الموصى له فإذا حصلت معرفته لم يضر الجهل بعددهم وأعيانهم في صحة الوصية لهم كالصفات مثل قوله: العلماء والفقراء[٤].

---

(١) ما قرره المصنف هو الراجح، وبه قال ربيعة والثوري والشافعي وإسحاق وابن المنذر وأصحاب الرأي، فيما أفاده ابن قدامة، وعلل العيني هٰذا بقوله: «لأنّ المحل يحتمل الشركة، واللفظ صالح لها؛ لأنه يجوز أن يجتمع حقان في عبدٍ واحد».
قلت: ولذا الفقهاء يفرقون ويدققون في الألفاظ.
انظر: «الفروق» للكرابيسي (٢ / ٢٩٧، ٢٩٨ / رقم ٧٣٦، ٧٣٧)، «النتف» (٢ / ٨٢١)، «أدب القضاء» (٥١٣ ـ ٥١٤)، «التمهيد في تخريج الفروع على الأصول» (٢٥٤ ـ ٢٥٥) للأسنوي.
وانظر: «مختصر الطحاوي» (ص ١٥٩)، «المبسوط» (٢٧ / ١٦٢)، «تبيين الحقائق» (٦ / ١٨٦)، «البناية» (١٠ / ٤٣٦)، «تحفة الفقهاء» (٣ / ٣٧٧)، «بدائع الصنائع» (٧ / ٣٧٩)، «روضة القضاة» (٢ / ٧٠٩)، «المهذب» (١ / ٦٠٢)، «تكملة المجموع» (١٥ / ٤٩٩).

(٢) «المدونة» (٤ / ٣٧٨ ـ ط دار الكتب العلمية)، «جامع الأمهات» (ص ٥٤٣)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣ / ٤١٦)، «الذخيرة» (٧ / ٢٠)، «الشرح الكبير» (٤ / ٤٣٢).

(٣) مذهبهم البطلان إذا كانوا لا يحصون ولم يذكر في اللفظ ما ينبيء عن الحاجة وإن كان فيه ما ينبيء عن الحاجة؛ فالوصية جائزة لأنهم إذا كانوا لا يحصون ولم يذكر في اللفظ ما يدل على الحاجة وقعت الوصية تمليكاً منهم وهم مجهول، والتمليك من المجهول جهالة لا يمكن إزالتها، فلا يصح.
انظر: «مختصر اختلاف العلماء» (٥ / ١٧ / رقم ٢١٥٧)، «المبسوط» (٢٧ / ١٥٧ ـ ١٥٨)، «بدائع الصنائع» (٧ / ٣٤٢)، «اللباب» (٤ / ١٨٠)، «النتف» (٢ / ٨٢٥)، «أدب القضاء» (ص ٥٠٨).

(٤) ما قرره المصنف قوي وراجح، وهو مذهب الشافعية والحنابلة.

مسألة ١٩١٩

إذا قال: ثلث مالي لفلان وللفقراء والمساكين أعطي فلان على قدر الاجتهاد[(١)]، وقال أبو حنيفة: لفلان الثلث وللفقراء الثلث وللمساكين الثلث[(٢)].

فدليلنا أنه لما قرن فلان بالفقراء والمساكين علمنا أنه أراد إجراءه مجراهم وإعطاءه على حسب إعطائهم، وأنه إنما نص عليه ليجعل كنصيب آخر، وقد ثبت أن ما يصيب الفقراء مصروف فيهم على الاجتهاد، فكذٰلك يجب أن يكون حظهم مع فلان ومع المساكين، ولأنها عطية على وجه القربة للفقراء والمساكين مرسلة في اللفظ؛ فيجوز أن يعطى أحد الصنفين الموصى لهم بزيادة على الآخر؛ كالزكاة.

مسألة ١٩٢٠

إذا أوصى لرجل بخدمة عبده أو سكنى داره؛ فللموصى له أن يؤاجر الدار والعبد إلا أن يعلم أن الموصي أراد أن يسكنها بنفسه[(٣)]، وقال أبو حنيفة وأصحابه: ليس له ذٰلك[(٤)].

ودليلنا أن الموصى له قد ملك هٰذه المنافع فجاز له أخذ البدل عليها؛ كالمستأجرة، ولأنها وصية بما يصح أن يملك؛ فجاز أخذ العوض عليها؛

= انظر: «مغني المحتاج» (٣ / ٥١)، «نهاية المحتاج» (٦ / ٤٣)، «المغني» (٦ / ٤٧٣ ـ ٤٧٤)، «الحقوق المتعلقة بالتركة» (١٢٨)، «الحقوق المتعلقة بالتركة» (٣٧٩) ليوسف قاسم، «الوصايا والوقف» (٣٣ ـ ٣٤).

(١) «المدونة» (٦ / ٤٠ ـ ط دار صادر)، «جامع الأمهات» (ص ٥٤٣)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣ / ٤١٥).

(٢) «مختصر اختلاف العلماء» (٥ / ٢٨ / رقم ٢١٦٨)، «الجامع الصغير» (٤٢٧).
وانظر مذهب الشافعية في: «الكوكب الدري» (٤٢٨ ـ ٤٣٠).

(٣) «المدونة» (٦ / ٢٨ ـ ط دار صادر)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣ / ٤١٧).

(٤) «مختصر اختلاف العلماء» (٥ / ٣٤ / رقم ٢١٧٣)، «مختصر الطحاوي» (١٦٣)، «المبسوط» (٢٧ / ١٨١)، «الفتاوى الخانية» (٣ / ٥٠٦).

كالأعيان[١].

مسألة ١٩٢١

تصح الوصية بسكنى دار وخدمة عبد وغلة أرض وبستان[٢]، وقال ابن أبي ليلى: لا تصح[٣]. قال الطحاوي: وهو القياس[٤].

فدليلنا أن المانع يصحح إفرادها بالعقد بدليل جواز الإجارة عليها فصحت الوصية بها؛ كالأعيان، ولأنه تمليك منافع بغير بدل؛ كالعارية[٥].

مسألة ١٩٢٢

إذا أوصى لعبد وارثه بشيء؛ فإن كان يسيراً جاز[٦]، خلافاً لأبي

---

(١) ما قرره المصنف قوي وراجح إن شاء الله تعالى.
وانظر: «تقرير القواعد» (١ / ٢٣٣ ـ بتحقيقي).

(٢) «المدونة» (٦ / ٢٨ ـ ط دار صادر)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣ / ٤١٧)، «الذخيرة» (٧ / ٨٧)، «الشرح الكبير» (٤ / ٤٤٥).

(٣) «اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى» (٨١)، «مختصر اختلاف العلماء» (٥ / ٣٣).
وهٰذا اختيار ابن حزم في «المحلى» (٩ / ٣٢٢ ـ ٣٢٣، ٣٢٦)، ونقله عن ابن أبي ليلى.

(٤) «مختصر الطحاوي» (١٦٣)، «مختصر اختلاف العلماء» (٥ / ٣٢ ـ ٣٣ / رقم ٢١٧١).
والمذهب عند الحنفية: أن المنافع ليست أموالاً متقومة بنفسها، وإنما تصير استحساناً مالاً متقوماً بالعقد عليها كالإجارة والوصية؛ لأن المال عندهم ما يقبل الإحراز والادخار لوقت الحاجة والمنافع أعراض متجدّدة.
انظر: «بدائع الصنائع» (٧ / ٣٥٢)، «تكملة فتح القدير» (٨ / ٤٨٠)، «الفروق» (٢ / ٣٠٠، ٣١٢، ٣١٣) للكرابيسي، «تبيين الحقائق» (٥ / ١٠٥، ١٢١، ٢٣٤)، «الفتاوى الخانية» (٣ / ٥٠٦)، «حاشية ابن عابدين» (٦ / ٦٤٩ ـ ٦٥٠).

(٥) الوصية بالمنافع مشروع، وإليه ذهب جماهير أهل العلم، وهو مذهب الأئمة الأربعة.
انظر: «المهذب» (١ / ٤٥٢، ٤٥٥)، «الكوكب الدري» (١٦٢)، «مغني المحتاج» (٣ / ٦٤ ـ ٦٥)، «المغني» (٦ / ٥٩ ـ ٦١)، «غاية المنتهى» (٢ / ٣٦٦)، «الحقوق المتعلقة بالتركة» (١٣٤ ـ ١٣٥)، «فقه السنة» (٣ / ٥٩٧)، «أحكام الأهلية والوصية» (ص ١٠٢) للسباعي، «الوصايا والوقف» (٧٤ ـ ٧٩) للزحيلي، «الميراث والوصية» (ص ١١٤) للبرديسي.

(٦) «المدونة» (٤ / ٢٩٥ أو ٦ / ١٩، ٣٤ ـ ط دار صادر)، «جامع الأمهات» (ص ٥٤٢)، «الذخيرة» =

حنيفة[1] والشافعي[2] في منعهما ذلك في القليل والكثير؛ لأن العبد يملك وملكه منفرد عن ملك سيده إلا أن ينتزعه سيده فيصير حينئذ مالكاً له، فإذا أوصى له بالشيء اليسير علمنا أنه أراد به عين العبد لا السيد لأنه لا يتهم في ذلك القدر للسيد، فخرج أن يكون وصية لوارث.

مسألة ١٩٢٣

إذا قال ضع ثلثي حيث شئت أو اجعله حيث أحببت أو أعطه من أحببت؛ فذلك كله سواء لا يأخذ لنفسه شيئاً ولا لولده إلا أن يكون لذلك وجه[3]، وقال أبو حنيفة: إذا قال: اجعله حيث شئت أو ضعه حيث أحببت؛ فله أن يأخذه لنفسه أو بعض ولده، ولو قال: أعطه من أحببت لم يكن له أن يأخذه لنفسه؛ فالكلام في موضعين:

أحدهما: أنه ليس له أن يأخذ لنفسه شيئاً إلا أن يكون لذلك وجه.

والآخر: أنه لا فرق بين اللفظين.

فدليلنا على الأول مفهوم هذه الألفاظ في الشرع أنها عبارة عن الاجتهاد بقدر فعل الإمام فيه ما رأى، وقد وضعه حيث أراه الله مفهومه أنه قد وكل ذلك إلى رأيه

= (٧ / ١٣).

وإلى هذا ذهب ابن حزم في «المحلى» (٩ / ٣٢٧ ـ ٣٢٨).

(١) «تحفة الفقهاء» (٣ / ٣٤٢)، «البناية» (١٠ / ٤١٥)، «الفروق» للكرابيسي» (٢ / ٣٠٤)، «مختصر اختلاف العلماء» (٥ / ٢٧ / رقم ٢١٦٦)، «بدائع الصنائع» (١٠ / ١٨٥٧)، «جمل الأحكام» (٢٣٢).

(٢) «حلية العلماء» (٦ / ١٤٦ ـ ١٤٧)، «الحاوي الكبير» (١٠ / ١٤)، «تكملة المجموع» (١٥ / ٤٢٢ ـ ٤٢٣).

(٣) «المدونة» (٦ / ٣٤)، «الذخيرة» (٧ / ١٧٦).

ومذهب الشافعية: لا يجوز الأخذ لنفسه، وله أن يصرف إلى أبويه وأولاده.

انظر: «الديباج المذهب» (٣ / ٩٥٧)، «عماد الرضا ببيان أدب القضاء» (٢ / ١١١)، «نهاية المحتاج» (٦ / ١٠٠).

وجعله إلى اجتهاده[١] وقد علم أن الموصي بالثلث غرضه وضعه في وجوه القرب، وأنه إنما وكله إلى الموصى لينظر أنفع الوجوه له فيجعله فيه، فلو أراد أن يأخذ هو منه لقال له: أولك منه كذا وما أشبه ذٰلك من ألفاظ التمليك وقياساً على قوله: أعطه من شئت.

ودليلنا على الثاني قوله: ضعه؛ بمنزلة قوله: أعطه من شئت؛ لأن مفهوم اللفظين واحد، ولأنه جعل صرفها موكولاً إلى مشيئته كما لو قال: أعطه من شئت[٢].

مسألة ١٩٢٤

إذا قال: غلامي يخدم فلاناً سنة ثم هو حر، فقال فلان: قد وهبت له خدمته عتق العبد للوقت ولو قال: لست أريد خدمته خدم ورثة السيد ثم عتق[٣]. وقال أبو حنيفة: العتق باطل والعبد رقيق للورثة كما لم يرض بخدمته[٤].

فدليلنا أن السيد علق العتق في وصيته بأجل لا بد أن يأتي؛ فلم يبطل ذٰلك، أصله لو أطلق ولم يشترط خدمة فلان بأن يقول: أنت حر بعد موتي بسنة، ولأن تعليق العتق بالأجل حاصل وإنما المنع من تنجيزه لحق الموصى له بالخدمة، وإذا وهبها له فقد زال المانع من العتق؛ فوجب تنجيزه كالاستيلاد أنه يوجب عتق أم الولد، وإنما المانع من تنجيزه ثبوت حق السيد في الوطء، فإذا زال بموته تنجز عتقها، ولأن هبة الموصى له بالخدمة للعبد خدمته يجري مجرى استيفائه إياها، وقد ثبت أنه يعتق بعد الاستيفاء، كذٰلك بالهبة.

---

(١) «مختصر اختلاف العلماء» (٥ / ٢٧ ـ ٢٨ / رقم ٢١٦٧)، «المبسوط» (٢٨ / ٧٩) ـ وفيه: «لأن الوضع والجعل يتحقق منه في نفسه كما يتحقق في غيره» ـ، «أدب القضاء» (٥٠٢).

(٢) ما قرره المصنف هو الراجح إن شاء الله تعالى.

(٣) «الذخيرة» (٧ / ١٠٦).

(٤) «مختصر اختلاف العلماء» (٥ / ٣٣ / رقم ٢١٧٢)، «بدائع الصنائع» (٧ / ٣٤٢)، «أدب القضاء» (٥١٦) للسروجي.

مسألة ١٩٢٥

إذا مات الموصي فهل تدخل الوصية في ملك الموصى له بنفس موته أو حتى يقبلها؟ قال شيوخنا: يكون الأمر مراعى، فإن قبلها تبيَّنا أنها دخلت في ملكه بموت الموصي، وإن ردها تبينا أنها لم تزل على ملك الموصي، ومن أصحابنا من يقول: إن الوصية باقية على حكم ملك الميت[١].

وللشافعي ثلاثة أقوال[٢]:

أحدها: أنه مراعى.

والآخر: أنه يدخل في ملك الموصى له بنفس موت الموصي.

والثالث: بالموت، وقبول الموصى له.

فدليلنا أنه قد ثبت أن الشيء الموصى به باق على ملك مالك لأنه لا يجوز أن يكون مملوكاً لا مالك له ولا يجوز أن يقال على ملك الميت؛ لأن ملكه قد زال عنها إلى الموصى له أو الورثة، ولا يجوز أن يقال على حكم ملكه؛ لأن ذلك فيما يخصه كالكفن، فأما فيما لا حق له فيه؛ فلا يجب فلم يبق إلا ما قلناه من أنه يكون للورثة

---

(١) «جامع الأمهات» (ص ٥٤٧)، «الذخيرة» (٧ / ١٥٢)، «إيضاح السالك» (ص ٢١٢، ٣١٣ / رقم ٣٢، ٨١).

(٢) قال الحصني في «القواعد» (٤ / ١٩١): «كل ما أوصى به لمعين لا يدخل ذلك في ملك الموصى له إلا بقبوله واختياره، واستثنى الجيلي من ذلك صوراً.

منها: إذا أوصى ببراءة زيد مما له عليه والثلث يحتمله؛ فإنه يبرأ منه.

ومنها: ما إذا أوصى بقضاء ديون زيد؛ فإنه يقضى عنه وتبرأ ذمته وإن لم يرد ذلك.

ومنها: إذا أوصى بفداء فلان الأسير؛ فإنه يفدى من ثلثه ويخلص من أيدي الكفار.

ومنها: إذا أوصى بعتق عبد وهو يخرج من ثلثه؛ فإنه يعتق شاء العبد أو أبى، وفي الاستثناء نظر» انتهى.

وانظر: «حلية العلماء» (٦ / ١٤٨ ـ ١٤٩).

وللحنابلة أقوال أيضاً.

انظرها في: «تقرير القواعد» (١ / ٣٧٠ ـ ٣٧٤ ـ بتحقيقي)، «المحرر» (١ / ٣٨٤ ـ ٣٨٥).

وللموصى له، ولا يجوز أن يكون لأحدهما قطعاً لأنه لو كان كذٰلك لم يكن للآخر أن يملكه؛ فثبت أنه مراعى، وأن الميت جعل له أن يتملكه، فإن تملكه تبينا أنه حصل ملكاً له بالموت وكان قبوله دالاً على ذٰلك؛ فوجه قول صاحبنا أنه تمليك غير مفتقر إلى إيجاب وقبول، فلما لم يحصل قبول الملك؛ فإن الملك لا ينتقل؛ كالعطايا والهبات.

مسألة ١٩٢٦

-إذا لم يكن له وارث معين لم يكن له أن يوصي إلا بالثلث، فإن زاد كان ما زاد لبيت المال ميراثاً[(١)]، وقال أبو حنيفة: له أن يوصي بكل ماله[(٢)].

فدليلنا قوله ﷺ: «إن الله تعالى جعل لكم ثلث أموالكم عند موتكم زيادة في أعمالكم»[(٣)]، وهٰذا نهي أن يكون للمريض حق تصرف فيما زاد على الثلث، ولأنها عطية تلزم بالموت؛ فكانت في الثلث، أصله إذا كان له وارث معين، ولأن له من يعقل عنه؛ فلم يكن له أن يوصي بزيادة على الثلث كما لو كان له أموال، ولأن أسباب التوارث مختلفة في القوة والضعف والنسب أولى من الولاء، والولاء أقوى من موالاة الدين، ثم قد ثبت أن مع بعض هٰذه الأسباب ليس له أن يزيد على الثلث؛

---

(١) «التفريع» (٢ / ٢١٣، ٣٢٤)، «المعونة» (٣ / ١٦٢٠)، «الذخيرة» (٧ / ٣٢)، «حاشية الصاوي» (٤ / ٥٨٦ ـ مع «الشرح الصغير»).
وهٰذا مذهب الشافعية.
انظر: «التنبيه» (ص ١٤٠)، «مغني المحتاج» (٣ / ٤٧)، «المهذب» (١ / ٤٥٠)، «روضة الطالبين» (٦ / ٢١٢)، «مختصر الخلافيات» (٤ / ٤٤ / رقم ١٧١).
وهو اختيار ابن حزم في «المحلى» (٩ / ٣٢١).
وهٰذا رواية عند الحنابلة.
انظر: «تقرير القواعد» (٣ / ٩٧ ـ ٩٨ ـ بتحقيقي).

(٢) «تكملة فتح القدير» (٩ / ٣٤٦)، اللباب» (٤ / ١٦٩)، «حاشية ابن عابدين» (٦ / ٦٥٢)، «النتف» (٢ / ٨٢٩)، «أدب القضاء» (٥١٩)، «درر الحكام» (٢ / ٤٢٨)، «الدر المختار» (١٠ / ٤٢٥ ـ ٤٢٧).

(٣) مضى تخريجه.

فكان مع ما ضعف عنها أولى، فإن قيل: هٰذا مبني على أن المال ينتقل إلى المسلمين إرثاً، فدلوا على ذٰلك.

قلنا: لأنهم يعقلون عنه؛ فجاز أن يرثوه كالمولى، ولأنه ميت من أهل الإسلام؛ فلم ينفك عن وارث كالذي له نسب معين[١].

مسألة ١٩٢٧

الجد كسائر العصبات لا ولاية له على الأيتام إلا بوصية من أب أو تولية من سلطان[٢]، وقال أبو حنيفة[٣] والشافعي[٤]: إذا لم يكن له أب ولا وصي؛ فالجد ولي كالأب.

فدليلنا أن كل من لم يكن له ولياً حال وجود الأب لم يكن له ولياً بنفسه بعده كسائر العصبات.

مسألة ١٩٢٨

الوصية للعبد جائزة، سواء كان عبد الموصي أو عبد غيره، فإذا أوصى لعبده بثلث ماله جاز وعتق العبد من الثلث إن حمله، فإن بقي شيء منه أعطي[٥]، وقال الأوزاعي: لا تجوز الوصية ويكون العبد للورثة[٦].

---

(١) ما قرره المصنف صحيح، وهو الموافق للنصوص، وبه قال الجماهير، ولله الحمد والمنةُ.
وانظر: «مصنف عبدالرزاق» (٩ / ٦٨، ٦٩)، «سنن سعيد بن منصور» (١ / ٨١ ـ ٨٢)، «الحقوق المتعلقة بالتركة» (١٣٩ ـ ١٤٠) لأحمد داود.

(٢) «المدونة» (٦ / ٩ ـ ط دار صادر)، «جامع الأمهات» (ص ٥٤٧)، «الذخيرة» (٧ / ١٥٨).

(٣) «مختصر الطحاوي» (١٦٣)، «مختصر اختلاف العلماء» (٥ / ٦٨ / رقم ٢٢٠١)، «فتح القدير» (٢ / ٤٠٧)، «جُمل الأحكام» (ص ٣٢٥).

(٤) «مختصر المزني» (١٦٤)، «الحاوي الكبير» (١١ / ٧٦).

(٥) «المدونة» (٤ / ٢٨٧)، «التفريع» (٢ / ٣٢٦)، «الكافي» (٥٤٨)، «المعونة» (٣ / ١٦٢٨)، «جامع الأمهات» (ص ٥٤٢، ٥٤٧)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣ / ٤٢٨)، «الذخيرة» (٧ / ١٦٠ ـ ١٦١)، «تفسير القرطبي» (٥ / ٢٨).

(٦) نقل عنه ابن حزم في «المحلى» (٩ / ٣٢٨): «الوصية للعبد باطلة بكل حال»، ونقل ذٰلك عنه =

فدليلنا أن الوصية بالثلث تشتمل على رقبة العبد؛ لأنها مال للموصي كسائر أمواله، فكانت الوصية له بالثلث، كالوصية له برقبته ولو وصى له برقبته أو تصدق بها عليه أو وهبها له لعتق، فكذٰلك الوصية بالثلث الذي يدخل فيه[١].

مسألة ١٩٢٩

الوصية للمشركين جائزة كانوا أهل حرب أو ذمة[٢]، وقال أبو حنيفة: لا تصح لأهل الحرب[٣].

= الشاشي في «حلية العلماء» (٦ / ١٤٦) أيضاً، بينما نقل عنه القرطبي في «تفسيره» (٥ / ٢٨) أن الوصية تجوز للعبد مطلقاً، لا فرق بين عبده وعبد غيره، كمذهب المالكية تماماً.
وورد عنه تفصيل، فنقل ابن قدامة في «المغني» (٦ / ٥٧٠) عنه أنها تصح إلى عبد نفسه ولا تصح إلى عبد غيره. وانظر: «فقه الإمام الأوزاعي» (٢ / ١٥٨ ـ ١٥٩).
ومذهب الحنفية تصح الوصية إلى عبد نفسه إذا لم يكن له ورثة كبار.
انظر: «المبسوط» (٢٨ / ٢٥)، «فتح القدير» (٨ / ٤٩٢)، «جمل الأحكام» (٢٣٢ ـ ٢٣٣)، «الفتاوى الهندية» (٦ / ١٣٧).

(١) ما قرره المصنف هو الراجح؛ لأن العبد تصح استنابته في الحياة، فصحّ أن يوصى إليه كالحر، وهٰذا مذهب الحسن وابن سيرين والشافعي وأحمد، واختاره ابن حزم.
انظر: «تقرير القواعد» (٣ / ٣٤٨ ـ بتحقيقي) ـ وفيه: «وهٰذا المأخذ منقول عن ابن سيرين صريحاً، وهو حسن» ـ، «المغني» (٦ / ٥٧٠)، «المحلى» (٩ / ٣٢٧ ـ ٣٢٨ ـ مسألة ١٧٦١).

(٢) قال ابن الحاجب في «جامع الأمهات» (ص ٥٤٢): «وتصح للذمي وللقاتل إن علم الموصي بالسبب، فإن لم يعلم فقولان»، ثم قال (ص ٥٤٧): «وكان [أي: مالك] أجازها قبل للكافر، وقال مرة: إذا كان كالأب والأخ والخال والزوجة؛ فوصية على الصلة فلا بأس».
وانظر: «عقد الجواهر الثمينة» (٣ / ٤٠٠)، «التاج والإكليل» (٦ / ٣٦٨)، «الذخيرة» (٧ / ١٤)، «الشرح الكبير» (٤ / ٥٨١ ـ ٥٨٢)، «الذخيرة» (٧ / ١٤).
(تنبيه): في «المدونة» (في الوصية إلى الذمي والذمي إلى المسلم): «قلت: أرأيت مسلماً أوصى إلى ذمي تجوز ذٰلك أم لا؟ قال: قال مالك: لا تجوز الوصية إليه».

(٣) «اللباب» (٤ / ١٥١، ١٦٩)، «بدائع الصنائع» (٧ / ١٣٦، ٣٣٥، ٣٤١)، «تبيين الحقائق» (٦ / ١٨٤)، «مجمع الأنهر» (٢ / ٩١٢)، «تكملة فتح القدير» (٨ / ٤٣٠)، «جمل الأحكام» (٢ / ٢٩٢ ـ ٢٩٣).
وإلى هٰذا ذهب أصبغ من المالكية.

فدليلنا قوله تعالى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ﴾ [النساء: ١١]، ولأن كل من جازت عطيته في الحياة جازت بعد الوفاة كالذمي، ولأن كل من صح تمليكه بغير الوصية صح أن يملك بالوصية كالمعاهد والمستأمن، ولأن اختلاف الأديان أو الدار لا يؤثر في التمليك بالوصية، أصله وصية الذمي للمسلم[١].

مسألة ١٩٣٠

إذا أوصى إليه بشيء خاص لم يكن وصياً في غيره ولو وصى إلى أحدهما بقضاء دينه وإلى الآخر بالنظر في أمر ولده لم يكن لأحدهما النظر فيما رده إلى الآخر[٢]، وقال أبو حنيفة: يكون كل واحد منهما وصياً فيما رده إليه، وفيما يرده إلى الآخر، ويصير كالوكيل المفوض إليه[٣].

= انظر: «التاج والإكليل» (٦ / ٣٦٨).

وانظر مذهب الشافعية في: «مغني المحتاج» (٣ / ٤٣)، «نهاية المحتاج» (٦ / ٤٨).

ومذهب الحنابلة في «المغني» (٦ / ١٠٦).

(١) الوصية للذمي جائزة؛ لأنهم يتساوون بعقد الذمة مع المسلمين في المعاملات، ولهٰذا جاز التبرع من الجانبين في حالة الحياة، فكذا بعد الممات، أما الحربي فلا؛ لأن في الوصية إليه إعانة له على حرب المسلمين، وهٰذا لا يجوز، وذٰلك لقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا يَنۡهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ قَٰتَلُوكُمۡ فِي ٱلدِّينِ﴾ [الممتحنة: ٩].

وانظر: «الحقوق المتعلقة بالتركة» (ص ١٣٠ ـ ١٣٢)، «الوصايا والوقف» (٥٣ ـ ٥٥).

(٢) «المدونة» (٤ / ٢٩٩)، «المعونة» (٣ / ١٦٣٠)، «التفريع» (٢ / ٣٣٢)، «جامع الأمهات» (ص ٥٤٧)، «الذخيرة» (٧ / ١٦٥)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣ / ٤٣٠).

(٣) هٰذه المسألة مبنية على القول بأن الوصية هل تتجزأ أم لا؟

فذهب أبو حنيفة على رواية الحسن بن زياد عنه ومحمد والأئمة الثلاثة إلى القول بأن الوصية تتجزأ، وعلى هٰذا إذا أوصى إلى رجلين إلى أحدهما في العين وإلى الآخر في الدين: أن كلاً منهما يكون وصياً فيما أوصى إليه خاصة، ذكر ذٰلك البدر العيني من رواية الحسن بن زياد عن أبي حنيفة، وروي عن أبي حنيفة عدم تجزئة الوصية، وهو قول أبي يوسف، وهو ما ذكره علاء الدين السمرقندي عن أبي حنيفة في «التحفة»، ونص على الروايتين، وقال: «ولو أنه أوصى إلى رجل بقضاء دينه، وأوصى إلى آخر بأن يعتق عنه، فهما وصيان فيهما جميعاً عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد: كل واحد منهما وصي فيما جعل إليه». ثم قال: وروي عن أبي حنيفة فيمن أوصى إلى فلان =

فدليلنا قوله تعالى: ﴿ فَمَنۢ بَدَّلَهُۥ بَعۡدَمَا سَمِعَهُۥ فَإِنَّمَآ إِثۡمُهُۥ عَلَى ٱلَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُۥٓ ﴾ [البقرة: ١٨١]، وليس في التبديل أكثر من أن يوصي إليه في شيء مخصوص، فجعل إليه غيره مما لم يوص إليه به، ولأنه ملك التصرف بتفويض غيره إليه؛ فوجب أن يكون مقصوراً على قدر ما فوضه إليه كالوكيل، ولأنه يلي بتوليته؛ فلم يملك النظر إلا بما تناولته الولاية كالحاكم والأمير، ولأن الموصي له غرض في إفراد كل واحد بما جعله إليه لعلمه بأنه يقوم به ولا يقوم بما جعله إلى غيره؛ ففي إشراكنا بينهما بعض إبطال غرضه؛ فلم يجز[(١)].

مسألة ١٩٣١

إذا أوصى رجلين مطلقاً لم يملك أحدهما أن ينفرد بالتصرف بحال إلا برضى الآخر وإذنه[(٢)]، وقال أبو يوسف: لكل واحد منهما أن ينفرد بالتصرف فيما جعل إليهما[(٣)]، وقال أصحاب أبي حنيفة: إنه ليس لأحدهما أن يتصرف في شيء دون

= حتى يقدم فلان، فإذا قدم فهو الوصي دون الأول، فهو كما قال: فيكون عن أبي حنيفة روايتان في هذا، ويجوز أن يكون الأول قول أبي يوسف خاصة.
انظر: «تحفة الفقهاء» (٣ / ٣٦٨ ـ ٣٦٩)، «البناية» (١٠ / ٥٥٥ ـ ٥٥٨)، «مجمع الأنهر» (٢ / ٧٢١ ـ ٧٢٢)، «مختصر اختلاف العلماء» (٥ / ٧٠ / رقم ٢٢٠٤).

(١) ما قرره المصنف هو الراجح؛ لأنه استفاد التصرف بالإذن من جهة الآدمي، فكان مقصوراً على ما أذن فيه؛ كالوكيل.
وأما وجهة نظر الحنفية: إن هذه ولاية تنتقل من الأب بموته فلا تتبعض، كولاية الجد.
ويرد عليهم، بأن ولاية الجد ممنوعة، ثم تلك ولاية استفادها بقرابته، وهي لا تتبعض، والإذن يتبعض، فافترقا.
وهذا مذهب الشافعية والحنابلة.
انظر: «المهذب» (١ / ٦٠٥)، «تكملة المجموع» (١٥ / ٥١٤)، «نوادر الفقهاء» (١٥٨ ـ ١٥٩)، «حلية العلماء» (٦ / ١٤٦)، «الإفصاح» (٢ / ٧٤).

(٢) «المدونة» (٤ / ٢٨٧، ٢٩٠)، «المعونة» (٣ / ١٦٢٩)، «التفريع» (٢ / ٣٣٢)، «الكافي» (٥٤٨)، «جامع الأمهات» (ص ٥٤٧)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣ / ٤٣٠)، «الذخيرة» (٧ / ١٦٩).

(٣) «مختصر اختلاف العلماء» (٥ / ٧٦)، والمصادر الآتية.

صاحبه إلا في سبعة أشياء شراء كفن الميت وقضاء ديونه عنه وإنفاذ وصيته ورد الوديعة المعينة وشراء ما لا بد للصغير منه وقبول الهبة للصغير والخصومة عن الميت فيما يدعى عليه، وفيما يدعيه له من الحقوق[١].

فدليلنا أن الموصي شرك بينهما في النظر ولم يرض بانفراد أحدهما بالنظر دون أن ينضم إليه الآخر، فوجب أن لا يملك أحدهما الانفراد به، أصله إذا وكلهما وكالة مطلقة، ولأن في انفراد أحدهما بالنظر إسقاط حق الآخر من الشركة له وذلك تبديل الوصية، وقال تعالى: ﴿ فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَمَا سَمِعَهُ . . . ﴾ الآية، ولأنه تصرف لم

---

(١) إذا أوصى إلى اثنين لم يكن لأحدهما أن يتصرف عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله دون صاحبه إلا في الأشياء المخصوصة التي ذكرها المؤلف في المتن، وقال أبو يوسف: ينفرد كل واحد منهما بالتصرف في جميع الأشياء.
وجه قول أبي يوسف: أن الوصاية سبيلها الولاية، وهي وصف شرعي لا تتجزأ، فيثبت لكل منهما كاملاً كولاية الإنكاح للأخوين، وهذا لأن الوصاية خلافة، وإنما تتحقق إذا انتقلت الولاية إليه على الوجه الذي كان ثابتاً للموصى، وقد كان يوصف الكمال، ولأن اختيار الأب إياهما يؤذن باختصاص كل واحد منهما بالشفعة، فينزل قرابة كل واحد منهما.
ووجه قول أبي حنيفة ومحمد: أن الولاية تثبت بالتفويض، فيراعى وصف التفويض وهو وصف الاجتماع؛ لأنه شرط مقيد، وما رضي الموصى إلا بالمثنى وليس الواحد كالمثنى، بخلاف الأخوين في الإنكاح؛ لأن السبب هنالك القرابة، وقد قامت بكل منهما كاملاً.
هذا وروى عن أبي القاسم الصفار أنه قال: هذا الخلاف بينهم فيما إذا أوصى إليهما جميعاً معاً بعقد واحد، فأما إذا أوصى إلى كل واحد منهما بعقد على حدة؛ فإنه ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بلا خلاف، وقال الفقيه أبو الليث السمرقندي: هذا أصح، وبه نأخذ.
وروى عن أبي بكر الإسكاف أنه قال: الخلاف فيهما جميعاً، سواء أوصى إليهما جميعاً أو متفرقاً، وقال صاحب المبسوط: هذا هو الأصح؛ لأن وجوب الوصية إنما يكون عند الموت، وحينئذ تثبت الوصية لهما معاً، فلا فرق بين الاقتران والاجتماع.
انظر: «مختصر الطحاوي» (١٦١)، «مختصر اختلاف العلماء» (٥ / ٧٦ / رقم ٢٢١٠)، «المبسوط» (٢٨ / ٢٠ ـ ٢١)، «تكملة فتح القدير» (٨ / ٤٩٣)، «العناية» (٨ / ٤٩٣)، «جمل الأحكام» (٣٧٥)، «أدب القضاء» (٥١٠)، «شرح أدب القاضي» (٣ / ٣٧١ ـ ٣٧٣)، «تبيين الحقائق» (٦ / ٢٠٨)، «النتف» (٢ / ٨٢٨ ـ ٨٢٩)، «الفتاوى الخانية» (٣ / ٥٢٦ ـ ٥٢٧)، «حاشية ابن عابدين» (٦ / ٧٠٣).

يرض به الموصي؛ فلم يجز، أصله تصرف الأجنبي وعلى أبي حنيفة خاصة؛ لأن الجهة التي يملك بها التصرف في هٰذه السبعة يملك بها التصرف فيما عداها، وقوله: أوصيت به إليكما، فوجب أن يكون الحكم في كل ذٰلك واحداً.

مسألة ١٩٣٢

إذا أوصى لرجل بمثل نصيب أحد ورثته وله ورثة متفاضلون في الميراث نظر إلى عدد رؤوسهم فأعطي سهماً من عددهم(١)، وقال الشافعي: يكون له نصيب أقلهم لأنه يقين وما زاد عليه مشكوك فيه(٢).

فدليلنا أنه لا يخلو أن يكون الاعتبار بأنصبائهم؛ لأنه يجوز أن يكون أراد الأكثر ويجوز أن يكون أراد الأقل؛ فلم يبق إلا اعتبار الرؤوس.

مسألة ١٩٣٣

إذا أوصى لأجنبي ووارث فلم يجز الورثة الوصية، فإن الوارث يحاص بوصيته الأجنبي، فما حصل له رجع ميراثاً وما بقي بعد ذٰلك رجع لأهل الوصايا(٣)، خلافاً للشافعي في قوله: يكون كالموصى له الأجنبي(٤)؛ لأن الميت لم يرد إفراد الأجنبي حين أدخل معه غيره؛ فكأنه أعطاه الفاضل عن عطية الوارث، ألا ترى الورثة لو أجازوا لم يستحق الأجنبي إلا نصف الوصية، وإنما يؤثر منعهم في غير من يأخذ الفاضل من مقدار نصيبه.

مسألة ١٩٣٤

إذا أوصى له مطلقاً جاز له أن يوصي إلى غيره(٥)، خلافاً

(١) «التفريع» (٢ / ٣٢٨)، «الكافي» (٥٥٣)، «المعونة» (٣ / ١٦٢٦)، «جامع الأمهات» (ص ٥٤٥)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣ / ٤٢١)، «الشرح الصغير» (٤ / ٥٩٧، ٥٩٩).

(٢) «الأم» (٤ / ٩٠)، «تكملة المجموع» (١٥ / ٤٧٦)، «حلية العلماء» (٦ / ١٠٧).

(٣) «المدونة» (٤ / ٣٠٧)، «التفريع» (٣ / ٣٢٤)، «الكافي» (٥٤٤)، «المعونة» (٣ / ١٦٣٦)، «الذخيرة» (٧ / ١٥) ـ ونقله عن القاضي عبدالوهاب ـ (٧ / ١٦ ـ ١٧).

(٤) «الأم» (٤ / ١١٠)، «مختصر المزني» (١٤٣)، «الحاوي الكبير» (١٠ / ٣٩)، «الإقناع» (١٣٠).

(٥) «المدونة» (٤ / ٣٠٠، ٣١٣)، «الكافي» (٥٤٨)، «المعونة» (٣ / ١٦٣٠).

للشافعي[(١)]؛ لأن الموصي لما أطلق ولم يقيد كان ذلك في عموم أحواله، ولأنها حال يصح استثناؤها وتقييد الوصية بها، فإذا أطلقت الوصية عارية منها وجب أن يتضمنها كحال السفر والغيبة، ولأن الوصية ولاية فجاز لواليها أن يستخلف إذا لم يكن على يده يد، أصله الإمامة الكبرى.

مسألة ١٩٣٥

إذا وصى لميت وهو يعلم أنه ميت؛ فالوصية صحيحة[(٢)]، خلافاً لأبي حنيفة[(٣)] والشافعي[(٤)]؛ لقوله تعالى: ﴿فَمَنۢ بَدَّلَهُۥ بَعْدَمَا سَمِعَهُۥ﴾ [البقرة: ١٨١]؛ فعم، ولأنه آدمي فصحت الوصية له كالحي، ولأنها أحد أحوال الآدمي فجازت الوصية فيها كحال الحياة، ولأن الغرض بالوصية نفع الموصى له على وجه يصح من العقلاء قصده وذلك يختلف باختلاف حال من يوصى له تارة يكون بالتمليك للحي وتارة يكون بغيره؛ كالوصية للمسجد والقنطرة والجسور وما أشبه ذلك، والغرض

---

(١) «الأم» (٤ / ١٢٠)، «المهذب» (١ / ٤٦٣)، «حلية العلماء» (٦ / ١٤٨)، «مختصر المزني» (١٤٦)، «الحاوي الكبير» (١٠ / ١٩٧).

(٢) وتكون لورثته.
انظر: «المدونة» (٤ / ٣١٥ ـ ٣١٦)، «التفريع» (٢ / ٣٢٣)، «الكافي» (٥٥٣ ـ ٥٥٤)، «جامع الأمهات» (ص ٥٤٢)، «قوانين الأحكام» (٣٤٨)، «الشرح الصغير» (٤ / ٥٨٢)، «الشرح الكبير» (٤ / ٤٢٣)، «مواهب الجليل» (٦ / ٣٦٦)، «الخرشي» (٨ / ١٧٧)، «الذخيرة» (٧ / ٢٤)، «شرح الزرقاني» (٨ / ١٧٨)، «جواهر الإكليل» (٤ / ٣١٧).

(٣) «مختصر الطحاوي» (١٥٧)، «تحفة الفقهاء» (٣ / ٣٤٢)، «البناية» (١٠ / ٤٥١)، «أدب القضاء» (٤٩٨) للسروجي، «فتح القدير» (١٠ / ٤١١ ـ ٤١٢)، «بدائع الصنائع» (٧ / ٣٣٧)، «حاشية ابن عابدين» (٦ / ٦٤٩).

(٤) «الإقناع» (١٣١)، «المهذب» (١ / ٥٨٩ ـ ٥٩٠)، «مغني المحتاج» (٣ / ٤٠)، «تكملة المجموع» (١٥ / ٤٢٠)، «روضة الطالبين» (٩ / ٩٩ ـ ١٠٠، ١١٦).
وهذا مذهب الحنابلة.
انظر: «الإنصاف» (٧ / ٢٥٢)، «المبدع» (٦ / ٣٦).
وهذا مذهب ابن حزم.
انظر: «المحلى» (٩ / ٣٢٢، مسألة ١٧٥٥).

من الوصية للميت أن يكون كماله الذي يتركه فيتصدق بها عنه ويقضي منها ديونه ويرثها ورثته[١].

مسألة ١٩٣٦

الوصية فيما علم به الميت في ماله دون ما لم يعلم به[٢]، خلافاً لأبي حنيفة[٣] والشافعي[٤]؛ لأن ما لم يعلم به فقد علمنا أنه لم يرده ولا قصده بالوصية؛ فكان في حكم المستثنى مما وصى به.

مسألة ١٩٣٧

تصح الوصية للقاتل عمداً أو خطأ[٥]، خلافاً للشافعي[٦]؛ لقوله تعالى:

---

(١) عد هٰذا من انفرادات مالك. انظر: «نوادر الفقهاء» (١٥٠ ـ ١٥١).
ومع هٰذا؛ فقد مال إليه ابن تيمية في «مجموع الفتاوى» (٣١/ ٣٠٩).
وانظر: «الوصايا والوقف» (٣٠ ـ ٣١)، «الحقوق المتعلقة بالتركة» (١٢٥ ـ ١٢٧) لأحمد داود.

(٢) «المدونة» (٤ / ٣٠٥)، «التفريع» (٢ / ٣٢٩)، «الكافي» (٥٥٣ ـ ٥٥٤)، «المعونة» (٣ / ١٦٣٥)، «جامع الأمهات» (ص ٥٤٦).

(٣) «مختصر الطحاوي» (١٦٢)، «اللباب» (٤ / ١٨٥ ـ ١٨٦).

(٤) «الأم» (٤ / ٩٠).

(٥) «المدونة» (٤ / ٢٩٦)، «التفريع» (٢ / ٣٢٣)، «الكافي» (٥٤٥ ـ ٥٤٦)، «أسهل المدارك» (٣ / ٢٧١)، «بداية المجتهد» (٢ / ٣٣٤)، «جامع الأمهات» (ص ٥٤٢)، «الذخيرة» (٧ / ٢٨)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣/ ٤٠٠).

(٦) الظاهر من مذهبهم أن الوصية للقاتل جائزة.
انظر: «الإقناع» (١٢٨)، «المهذب» (١ / ٤٥٨)، «روضة الطالبين» (٦ / ٩٧)، «حلية العلماء» (٦ / ٧٢)، «المجموع» (١٤ / ٣٢٣)، «مغني المحتاج» (٣ / ٤٣)، «نهاية المحتاج» (٦ / ٤٩)، «حاشيتا قليوبي وعميرة» (٣/ ١٥٩)، «مختصر الخلافيات» (٤ / ٤١ / رقم ١٦٧).
وللحنابلة ثلاثة أوجه، أحسنها إن أوصى له بعد جرحه صح، وإن أوصى له قبله ثم طرأ القتل على الوصية أبطلها.
انظر: «المغني» (٦ / ١١١ ـ ١١٢)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ١١٥).
ومذهب أبي يوسف: الوصية للقاتل غير جائزة، وقال أبو حنيفة ومحمد: إذا أجاز الورثة الوصية أو لو لم يكن للموصى ورثة كانت الوصية جائزة نافذة؛ لأن المنع لحق الورثة.

﴿ فَمَنۢ بَدَّلَهُۥ بَعۡدَمَا سَمِعَهُۥ فَإِنَّمَآ إِثۡمُهُۥ عَلَى ٱلَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُۥٓ ﴾ [البقرة: ١٨١]؛ فعم، ولأنها هبة فالقتل لا يمنعها اعتباراً بحال الحياة، ولأنه تملك فصح في القاتل كإسقاط الحقوق[١].

مسألة ١٩٣٨

إذا أوصى له بعبد من عبيده أو بشاة من غنمه؛ فله جزء منهم بالقيمة، وإن كانوا أربعة؛ فله الربع أو عشرة فله العشر[٢]، خلافاً للشافعي في قوله: إن الورثة يدفعون إليه رأساً منها أي شيء اختار[٣]؛ لأن في ذلك تعارض الدعاوى، ولأن الورثة يدّعون أنه يستحق أدناها قيمة والموصى له يدعي أنه يستحق أعلاها قيمة، وليس أحدهما أولى من الآخر بقوله؛ فلم يبق إلا اعتبار الجزء؛ لأن ذلك هو العدل بينهم.

مسألة ١٩٣٩

الحامل إذا بلغت ستة أشهر والمحبوس للقتل في قَوَد أو حد[٤] والزاحف في الصف، كل هؤلاء حكمهم حكم المريض المخوف عليه في قصر تصرفهم على الثلث[٥]، وقال أبو

= انظر: «الهداية» (٤ / ٢٣٢)، «المبسوط» (٢٧ / ١٧٦ ـ ١٨٠)، «تكملة فتح القدير» (٩ / ٣٥٠)، «حاشية ابن عابدين» (٦ / ٦٥٥ ـ ٦٥٦).

(١) سبب الخلاف: هل المنع لحق الشرع أم لحق الميت أم لحق الورثة؟
والراجح أنه لحق الشرع، وورد فيه حديث لم يثبت، انظره في: «سنن الدارقطني» (رقم ٤٤٨٠) وتعليقي عليه، «سنن البيهقي» (٦ / ٢٨١).
وانظر: «الوصايا والوقف» (٣٥ ـ ٣٦)، «الحقوق المتعلقة بالتركة» (١٦٣ ـ ١٦٥).

(٢) «المدونة» (٤ / ٢٧٨)، «التفريع» (٢ / ٣٢٩)، «الكافي» (٥٥٣)، «المعونة» (٣ / ١٦٣٧)، «جامع الأمهات» (ص ٥٤٥)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣ / ٤١٣).

(٣) «حلية العلماء» (٦ / ١١١)، «مختصر المزني» (١٤٣)، «الحاوي الكبير» (١٠ / ١٦٣).

(٤) في الأصل و(ط): «واحد».

(٥) «الموطأ» (٢ / ٧٦٥)، «التفريع» (٢ / ٣٣١)، «الرسالة» (٢٢٣)، «الكافي» (٥٤٥)، «المعونة» (٣ / ١٦٣١)، «تفسير القرطبي» (٧ / ٣٣٩، ٣٤٠)، «أحكام القرآن» (٢ / ٨٢٠) لابن العربي.

حنيفة[١] والشافعي[٢]: حكمهم حكم الصحيح ما لم يضرب الحامل الطلق ويقرب المحبوس للقتل ويتقدم الزاحف إلى البراز[٣].

فدليلنا أن الأحوال التي ذكرناها حال خوف شديد على من انتهى إليه بدليل قوله تعالى: ﴿فَلَمَّآ أَثْقَلَت دَّعَوَا ٱللَّهَ رَبَّهُمَا لَئِنْ ءَاتَيْتَنَا صَٰلِحًا لَّنَكُونَنَّ مِنَ ٱلشَّٰكِرِينَ﴾[٤] [الأعراف: ١٨٩] قيل في التفسير بلغت ستة أشهر، ولأنها بلغت حال الوضع فكانت كحال الطلق، ولأن الله تعالى جعل حضور سبب الموت كحضور الموت بنفسه، فقال تعالى: ﴿وَلَقَدْ كُنتُمْ تَمَنَّوْنَ ٱلْمَوْتَ مِن قَبْلِ أَن تَلْقَوْهُ فَقَدْ رَأَيْتُمُوهُ﴾ [آل عمران: ١٤٣]، يريد رأيتم أسبابه وعلاماته، وهٰذا موجود في المحبوس للقتل والزاحف في الصف، ولأن تجويز الموت عليهم مع حضور سببه كتجويزه على المريض مع اختلاف الأمراض المخوفة في بقاء زيادة المرض، وسرعة تلفه، فإذا كان ذٰلك لا اعتبار به؛ فكذٰلك في مسألتنا[٥].

مسألة ١٩٤٠

إذا فرط في زكاة فإنه إن أوصى لزم الورثة إخراجها من الثلث[٦]، خلافاً للشافعي في قوله: تكون من رأس المال[٧]؛ لأنه يتهم أنه أراد الانتفاع بالمال حياته

---

(١) «مختصر الطحاوي» (١٥٩)، «المبسوط» (٢٧ / ١٥٣)، «روضة القضاة» (٢ / ٧٠٥)، «حاشية ابن عابدين» (٦ / ٦٦١)، «أدب القضاء» (٥٠٦) للسروجي.

(٢) «الأم» (٤ / ١١٩)، «حلية العلماء» (٦ / ٨٣)، «مختصر المزني» (١٤٦)، «الحاوي الكبير» (١٠ / ١٨٢)، «روضة الطالبين» (٦ / ١٢٨)، «التنبيه» (١٤١).

(٣) في الأصل: «الفرار» والتصويب من «المعونة» و(ط).

(٤) في الأصل: «دعوا الله مخلصين له الدين» والصواب ما أثبتناه.

(٥) لا شك في أنّ المحبوس على القتل أشدُّ حالاً من المريض، وإنكار ذٰلك غفلة في النظر، فإن سبب الموت موجود عندهما، أفاده ابن العربي.

(٦) «المدونة» (١ / ٢٦٧ و٤ / ٣٠٩)، «التفريع» (٢ / ٣٢٥)، «الكافي» (١١٠)، «المعونة» (٣ / ١٦٤٦)، «جامع الأمهات» (ص ٥٤٥)، «عدة البروق» (١٥٢ ـ ١٥٣)، «الأموال» (١٤٥) للداودي، «حاشية الدسوقي» (٤ / ٤٤١).

ومضت المسألة برقم (٥٢٩) في الزكاة.

(٧) «الأم» (٧ / ٦٧)، «الإقناع» (٦٨)، «حلية العلماء» (٦ / ٨٠)، «المجموع» (٥ / ٢٨٨ ـ ٢٨٩ و٦ =

وصرفه عن ورثته بعده؛ فكانت كالوصايا وفارقت الديون[١].

مسألة ١٩٤١

إذا لم يوص بها ولم يعلم صحة دعواه بغير قوله لم يلزم الورثة إخراجها عنه[٢]، خلافاً للشافعي[٣]؛ لأن إخراجها موكول إلى أمانته؛ فيجوز أن يكون قد أخرجها من حيث لا يعلم غيره.

مسألة ١٩٤٢

إذا زاحمتها الوصايا قدمت على ما هو أضعف منها[٤]، خلافاً لأبي حنيفة في قوله: إنها وسائر الوصايا سواء[٥]، لأنها آكد من غيرها لأنه لولا التهمة لكانت من رأس المال[٦].

* * * * *

= / ١٨١ ـ ١٨٢)، «شرح المحلي على المنهاج» (٣/ ١٣٥).
وهذا مذهب الحنابلة والظاهرية.
انظر: «المغني» (٢/ ٦٤٠)، «المحلى» (٦/ ١١٣).

(١) الراجح وجوب إخراجها من رأس مال التركة، ولا تتقيد بالثلث، لما قدمناه من التعليق على آخر مسألة (٥٢٨، ٥٢٩).

(٢) المراجع في المسألة السابقة.

(٣) المراجع في المسألة السابقة.

(٤) «المدونة» (٤ / ٣٠٦)، «التفريع» (٢ / ٣٢٤)، «الكافي» (٥٥٠)، «جامع الأمهات» (ص ٥٤٥)، «حاشية الدسوقي» (٤ / ٤٥٤)، «بداية المجتهد» (٢ / ٣٠٨)، «حاشية الصاوي على الشرح الصغير» (٤ / ٦١٢ ـ ٦١٣).

(٥) ويرجح ما قدمه الموصي في الذكر إذ في تقديمه دليل على اهتمامه به؛ إذ إن الإنسان عادة يبدأ بالأهم فالذي يليه.
انظر: «مختصر الطحاوي» (١٦٠)، «اللباب» (٤ / ١٧٧)، «الهداية» (٤ / ٢٤٨)، «بدائع الصنائع» (٧ / ٣٧٢).

(٦) انظر بسط المسألة في: «الوصايا والوقف» (١٠٤ ـ ١٠٥)، «الحقوق المتعلقة بالتركة» (١٦٨).

كتاب المواريث والفرائض

مسألة ١٩٤٣

لا يرث ذو الأرحام بحال[1]، خلافاً لأبي حنيفة[2]؛ لما روي أن رسول الله ﷺ دُعِيَ لجنازة فقالوا: هٰذا ترك عمه وخاله فأفتنا، فقال: اللهم عمة وخالة. ثم

---

(١) «الموطأ» (٢ / ٥١٨)، «التفريع» (٢ / ٣٤٢)، «الرسالة» (٢٥٧)، «الكافي» (٥٦١)، «المعونة» (٣ / ١٦٥٦)، «أسهل المدارك» (٣ / ٣٣١)، «مواهب الجليل» (٦ / ٤١٣)، «بداية المجتهد» (٢ / ٣٣٩)، «جامع الأمهات» (ص ٥٥٢)، «الشرح الكبير» (٤ / ٤١٦)، «الخرشي» (٨ / ٢٠٨)، «التاج والإكليل» (٦ / ٤١٤)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣ / ٤٤٨)، «الذخيرة» (١٣ / ٥٣).
وهٰذا مذهب الشافعية.
انظر: «الأم» (٤ / ٨٠)، «مختصر المزني» (ص ١٤١)، «المهذب» (٢ / ٣٢)، «المنهاج» (ص ٣٢١)، «كفاية الأخيار» (٢ / ١٣ ـ ١٤)، «مغني المحتاج» (٣ / ٧)، «روضة الطالبين» (٦ / ٥ ـ ٦)، «المجموع» (١٧ / ١٢٤)، «الحاوي الكبير» (٨ / ١٧٥ ـ ط دار الكتب العلمية)، «نهاية المحتاج» (٦ / ١١)، «مختصر الخلافيات» (٤ / ٥ / رقم ١٥٩).
وبهٰذا قال زيد بن ثابت وابن عباس وسعيد بن جبير وسعيد بن المسيب وأبو ثور وابن جرير وابن حزم، وانظر: «المحلى» (٩ / ٣١٣ مسألة ١٧٥٠).

(٢) «شرح معاني الآثار» (٤ / ٣٩٥ ـ ٤٠٠)، «مختصر الطحاوي» (١٥١)، «الاختيار» (٥ / ٩٩)، «المبسوط» (٢٩ / ١٩٢)، «تبيين الحقائق» (٦ / ٢٤٢، ٢٤٣)، «اللباب» (٤ / ٢٠٠)، «حاشية ابن عابدين» (٦ / ٧٦٤، ٧٩١ ـ ٧٩٩)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ٤٧٢ / رقم ٢١٤٦)، «السراجية» (٢٦٦)، «نهاية الهداية» (١ / ٢٢١ ـ ٢٢٧).
وهٰذا مذهب الحنابلة.
انظر: «المغني» (٦ / ٢٠٢)، «الإنصاف» (٧ / ٣٢٣)، «منتهى الإرادات» (٢ / ٥٠٠، ٥٣٥)، «كشاف القناع» (٤ / ٤٥٥)، «مغني ذوي الأفهام» (١١٥).

قال: «هٰذا جبريل يخبرني أنه لا شيء لهما»[١]، ولأن كل أنثى لا ترث مع أخيها فلا ترث إذا انفردت، أصله بنت المولى، ولأن المولى المنعم لما قدم على ذوي الأرحام دل أنه لا حق لهم في الإرث لأن الولاء لا يتقدم على النسب[٢].

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في «المصنف» (١١ / ٢٦٢ / رقم١١١٧٠ ـ ط الهندية)، وعبدالرزاق (١٠ / ٢٨١ / رقم ١٩١٠٩) في «مصنفيهما»، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤ / ٣٩٥)، والدارقطني في «السنن» (٤ / ٩٩)؛ عن زيد بن أسلم قال: دعي رسول الله ﷺ إلى جنازة رجل من الأنصار. . . بنحوه.
وإسناده حسن؛ إلا أنه مرسل.
وأخرجه سعيد بن منصور (رقم ١٦٣) والدارقطني (٤ / ٩٨) والبيهقي (٦ / ٢١٢) في «سننهم»، وأبو داود في «المراسيل» (رقم ٣٦١)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤ / ٣٩٦)؛ عن زيد بن أسلم، عن عطاء بن يسار: أن رسول الله ﷺ ركب إلى قباء، يستخير الله في العمة والخالة، فأنزل عليه أن لا ميراث لهما.
وهو مرسل أيضاً.
وورد من مرسل صفوان بن سليم بسند ضعيف جداً عند عبدالرزاق (١٩٦١١) وعن شريك رفعه عند ابن أبي شيبة (رقم ١١١٧٢) والدارقطني (٤ / ٩٩).
وروي موصولاً عن صفوان بن سليم، عن عطاء، عن أبي سعيد الخدري رفعه بنحوه.
رواه محمد بن الحارث المخزومي، عن أبي مصعب الزهري، عن الدراوردي، عن صفوان، به.
أخرجه الطبراني في «المعجم الصغير» (رقم ٩٢٧ ـ الروض)، وعنه أبو نعيم في «ذكر أخبار أصبهان» (٢ / ٢٦٥).
وإسناده ضعيف.
فيه محمد بن الحارث المخزومي، قال عنه ابن حجر في «التقريب» (٥٧٩٨): «مقبول».
وأخرجه الحاكم (٤ / ٣٤٣) عن ضرار بن صرد ـ وهو هالك ـ عن الدراوردي عن زيد بن أسلم عن عطاء عن أبي سعيد رفعه بنحوه، وإسناده ضعيف جداً من أجل ضرار.
وفي الباب عن أبي هريرة عند الدارقطني (٤ / ٩٩) وعن ابن عمر والحارث بن عبدالله عند الحاكم (٤ / ٣٤٢ ـ ٣٤٣) وأسانيدها واهية، والمرسل هو المحفوظ.
وانظر: «التلخيص الحبير» (٣ / ٨١)، «مجمع الزوائد» (٤ / ٢٢٩ ـ ٢٣٠)، «مختصر استدراك الذهبي» (٦ / ٣١٠١ ـ ٣١٠٧ / رقم ١٠٣٩، ١٠٤٠)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ١٢٠ / رقم ١٧٢٠، ١٧٢١).

(٢) صح عن النبي ﷺ قوله: «الخال وارث».

مسألة ١٩٤٤

لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم[1]؛ لقوله: «لا يتوارث أهل

= انظر: «السلسلة الصحيحة» (١٨٤٨)، «الإرواء» (رقم ١٧٠٠).

وهٰذا رأي جماعة من الصحابة، منهم عمر؛ فقد أخرج ابن أبي شيبة في «المصنف» (١١ / ٢٦٠ / رقم ١١١٦٠) من طريق عاصم عن زر عن عمر أنه قسم المال بين عمة وخالة.

قال ابن التركماني في «الجوهر النقي» (٦ / ٢١٧): «وهٰذا سند صحيح متصل».

قلت: بل هو حسن من أجل عاصم، وهو ابن أبي النجود.

نعم، صح عن عمر من طرق عنه، تراها عند عبدالرزاق (١٠ / ٢٨٢، ٢٨٢ ـ ٢٨٣ / رقم ١٩١١٣، ١٩١١٤) وابن أبي شيبة (١١ / ٢٦٠، ٢٦١ ـ ٢٦٢ / رقم ١١١٦١، ١١١٦٢، ١١١٦٨) في «مصنفيهما»، وسعيد بن منصور (رقم ١٥٣، ١٥٤) والدارمي (٢٩٨٢، ٢٩٨٣) والدارقطني (٤ / ٩٩ ـ ١٠٠) في «سننهم»، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤ / ٣٩٩).

وهٰذا ثابت عن جمع غيرهم. وانظر: «الإرواء» (٦ / ١٤٣).

وهٰذه النصوص صحيحة وهي في محل النزاع، ويدل عليه صحيح النظر، قال الشيخ السعدي رحمه الله تعالى في «تيسير الكريم المنان» (٢ / ١٦) في المسألة بعد ذكره الخلاف: «بقي الأمر دائراً بين أن يكون المال الذي خلفه الميت لبيت المال لمنافع الأجانب عن ذٰلك الميت، وبين كونه يرجع إلى الأقارب المدلين إلى الميت بالورثة المجمع عليها، تعين الثاني»، وأيده الشيخ صالح الفوزان في «التحقيقات المرضية» (ص ٢٦٤) وزاد على كلامه، ما نصه: «لأن ذوي الأرحام شاركوا المسلمين في الإسلام، وزادوا عليهم بالقرابة؛ فيكونون أحق بمال قريبهم».

وانظر لنصرته: «تنقيح التحقيق» (٣ / ١١٩ ـ ١٢٠) لمحمد بن عبدالهادي، «تهذيب السنن» لابن القيم (٤ / ١٧١ ـ ١٧٤)، «نيل الأوطار» (٦ / ٦٧)، «سبل السلام» (٣ / ١٠١)، «الفوائد الشنشورية» (٢٢١)، «العذب الفائض» (٢ / ١٥ ـ ١٦)، التعليق على «نهاية الهداية» (١ / ٢٢١ ـ ٢٢٧)، «الحقوق المتعلقة بالتركة» (ص ٤٢٢ ـ ٤٢٦)، «أحكام المواريث بين الفقه والقانون» للشلبي (ص ٢٨٢ ـ ٢٨٣)، «التركات والوصايا» (ص ٤١٤) للحصري.

(١) «الموطأ» (٢ / ٥٢٠)، «جامع الأمهات» (ص ٥٥٧)، «بداية المجتهد» (٢ / ٣٥٢ ـ ٣٥٣)، «الذخيرة» (١٣ / ١٧)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣ / ٤٥١)، «المعونة» (٣ / ١٦٥٠)، «شرح الزرقاني على الموطأ» (٣ / ١١٩).

وبه قال الخلفاء الأربعة كما سيأتي وأسامة بن زيد وجابر، وبه قال عمرو بن عثمان وعروة والزهري والحسن وعطاء وطاوس وعمر بن عبدالعزيز وعمرو بن دينار والثوري وأحمد بن حنبل وأبو حنيفة وأصحابه والشافعي وعامة فقهاء الأمصار.

ملتين»[١]، واعتباراً بالكفر بعلة اختلاف الدينين[٢].

= وانظر: «مصنف عبدالرزاق» (٦ / ١٦ ـ ١٩)، «مصنف ابن أبي شيبة» (٦ / ٢٨٤ ـ ٢٨٥)، والتعليق بعد الآتي.

(١) أخرجه أبو داود (٢٩١١)، والنسائي في «الكبرى» (٦٣٨٣، ٦٣٨٤)، وابن ماجه (٢٧٣١) وسعيد بن منصور (١٣٧) والدارقطني (٤ / ٧٢ ـ ٧٣، ٧٥ ـ ٧٦) وفي «الغرائب» (٤ / ٢٦ / رقم ٣٥٢٠ ـ أطرافه)، والبيهقي (٦ / ٢١٨) في «سننهم»، وأحمد في «المسند» (٢ / ١٧٨، ١٩٥)، وابن الجارود في «المنتقى» (٩٦٧)، وابن عدي في «الكامل» (٣ / ٩٢٩ و٥ / ١٧٣٦ و٦ / ٢٤١٨)، وتمام في «الفوائد» (٢ / ٣٤٩ / رقم ٧٢٠ ـ الروض)، والخطيب في «تاريخه» (٥ / ٢٩٠ و٨ / ٤٠٧)، والبغوي في «شرح السنة» (٨ / ٣٦٤ ـ ٣٦٥ / رقم ٢٢٣٢)؛ عن عبدالله بن عمرو رفعه: «لا يتوارث أهل ملتين»، وبعضهم زاد: «شتى»، وعند الدارقطني زيادة: «مختلفتين».
وبعض أسانيده حسنة.
وفي الباب عن جابر بن عبدالله، عند الدارمي (٢٩٩٧، ٢٩٩٨)، والترمذي (٢١٠٨)، والدارقطني (٤ / ٧٥)، وفيه ضعف.
والصحيح أنه عن جابر قوله عند عبدالرزاق (٩٨٦٥) والدارقطني (٤ / ٧٥).
والحديث صحيح بمجموع طرقه.
انظر: «فتح الباري» (١٢ / ٥١)، «التلخيص الحبير» (٣ / ٨٤)، «الإرواء» (١٧١٥).
وأخرج البخاري (٦٧٦٤) ومسلم (١٦١٤) في «صحيحيهما» عن أسامة بن زيد رفعه: «لا يرث المسلم الكافر، ولا الكافر المسلم».

(٢) لم ير المصنف خلافاً، ونقل في «المعونة» (٣ / ١٦٥٠) عدم التوارث بين المسلم والكافر، وقال: «خلافاً لمعاذ ومعاوية ومحمد ابن الحنفية»، ونقله البغوي في «شرح السنة» (٨ / ٣٦٤) عن معاذ ومعاوية أنهما قالا: «المسلم يرث الكافر، ولا يرثه الكافر»، وحكى الكلوذاني في «تهذيب الفرائض» (ص ٣٠٠) عنهما أنهما ورثا المسلم من الكافر الذمي، ولم يورثاه من الحربي»، وأسند ذٰلك عنهما ابن أبي شيبة (٦ / ٢٨٣) والبيهقي (٦ / ٢٥٤)، وقال البغوي: «وحُكي ذٰلك عن إبراهيم النخعي، كما أن المسلم ينكح الكتابية ولا ينكح الكافر المسلمة، وبه قال إسحاق بن راهويه».
قلت: ونسب هٰذا القول أيضاً إلى علي بن الحسين وسعيد بن المسيب ومسروق وعبدالله بن معقل والشعبي والنخعي ويحيى بن يعمر.
انظر: «المصنف» لابن أبي شيبة (٦ / ٢٨٤ و١١ / ٣٧٤)، «المحلى» (٩ / ٣٠٤)، «سنن سعيد» (١ / ٨٥)، «المغني» (٦ / ٢٩٤)، «فتح الباري» (١٢ / ٥٠)، «تهذيب الفرائض» (٣٠٠)، =

مسألة ١٩٤٥

لا يرث من فيه بقية رق[(١)]، خلافاً لبعض الشافعية[(٢)]؛ لوجود الرق فيه كما لو

= «العذب الفائض» (١ / ٣٠)، «شرح السراجية» (١٠).

وهذا مذهب الرافضة.

انظر: «المختصر النافع» (٢ / ٢٧٣).

وما قرره المصنف هو الراجح، وعليه الدليل الصريح، ،وهي سنة الخلفاء الراشدين من بعده، قال الزهري: كان لا يرث الكافر المسلم ولا المسلم الكافر في عهد الرسول ﷺ، ولا على عهد أبي بكر وعمر وعثمان وعلي رضي الله عنه، أخرجه ابن أبي شيبة (١١ / ٣٧٣) وعبدالرزاق (٦ / ١٦) وسعيد بن منصور (١ / ٨٥) والدارمي (٢ / ٣٩٦) والبيهقي (٦ / ٢١٨).

وهذا مذهب الحنفية والشافعية ورواية عن أحمد.

انظر: «الأم» (٤ / ٧٧)، «مختصر الطحاوي» (ص ١٤٢)، «المبسوط» (٣٠ / ٣٠)، «أحكام القرآن» (٢ / ١٠٥)، «أحكام أهل الملل» (٢ / ٤٥٠) للخلال، «الفرائض» للثوري (رقم ٧، ٨، ٤٠)، «تبيين الحقائق» (٦ / ٢٤٠)، «الاختيار» (٥ / ١١٦)، «حاشية ابن عابدين»(٦ / ٧٦٧)، «كفاية الأخيار» (٢ / ١٢ ـ ١٣)، «مغني المحتاج» (٣ / ٢٤)، «نهاية المحتاج» (٦ / ٢٨)، «تحفة المحتاج» (٦ / ٤١٥)، «حاشية الباجوري» (٢ / ٧٢)، «المغني» (٦ / ٢٩٤)، «الإفصاح» (٢ / ٩٢)، «مراتب الإجماع» (ص ٩٨)، «تحفة الأحوذي» (٣ / ١٨٣)، «شرح النووي على صحيح مسلم» (١١ / ٥٢)، «نيل الأوطار» (٦ / ٧٨)، «الميراث» للبرديسي (٩٤)، «المواريث» (ص ٨٨) للشلبي، «نهاية الهداية» (١ / ٢٦٨ ـ ٢٧٦)، «التحفة الخيرية» (٥٨)، «شرح الرحبية» (٤٤ / ٤٥)، «تهذيب الفرائض» (٢٩٩)، «شرح السراجية» (١٠)، «الحقوق المتعلقة بالتركة» (٢٨٦ ـ ٢٨٩).

(١) «الموطأ» (٢ / ٥٠٣)، «المدونة» (٣ / ٨١)، «التفريع» (٢ / ٣٣٨)، «الرسالة» (٢٥٢)، «الكافي» (٥٥٥)، «المقدمات» (٣ / ١٤١)، «المعونة» (٣ / ١٦٤٩)، «جامع الأمهات» (ص ٥٥٧ ـ ٥٥٨)، «أسهل المدارك» (٣ / ٢٤٨)، «الذخيرة» (١٣ / ١٧)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣ / ٤٥٣)، «الخرشي» (٦ / ٢٢)، «الشرح الصغير» (٢ / ٥١٢).

وهذا مذهب الحنفية.

انظر: «تبيين الحقائق» (٦ / ٢٤٠)، «حاشية ابن عابدين» (٦ / ٧٦٦).

(٢) الصحيح من مذهبهم ـ وهو القديم ـ أنه لا يرث.

انظر: «المهذب» (٢ / ٢٥)، «الروضة» (٦ / ٣٠)، «كفاية الأخيار» (٢ / ١٢)، «شرح السنة» (٨ / ٣٦٦) ـ وفيه: «وأما من بعضه حر؛ فلا يرث أحداً، ويورث منه بنصفه الحر على أصح قولي =

استغرقه، ولأن أحكام الرق أغلب عليه بدليل أن حكمه حكم العبيد في منع القصاص من الحر ورد الشهادة ونقصان الحد وسقوط الحد عن قاذفه؛ فكذلك في الميراث[١].

مسألة ١٩٤٦

من بعضه رق؛ فماله لمن فيه الرق[٢]، خلافاً لأصحاب الشافعي[٣] في

= الشافعي ـ، «حلية العلماء» (٦ / ٢٦٦)، «الحاوي الكبير» (٨ / ١٤٧ ـ ط دار الكتب العلمية)، «شرح الرحبية» (٤٢)، «حاشيتا قليوبي وعميرة» (٤ / ٣٥٨)، «نهاية الهداية تحرير الكفاية» (١ / ٢٩٤).

وذهب ابن عباس أن المبعض يرث كل المال، وبه قال أبو يوسف ومحمد من الحنفية. انظر: «حاشية ابن عابدين» (٦ / ٧٦٦).

(١) الذي أراه راجحاً إن المبعض يرث ويُحجب على قدر ما فيه من الحرية؛ كما أخرجه الترمذي (١٢٥٩)، وأبو داود (٤٥٨١)، والنسائي (٤٤٧٤)، والدارقطني (٤ / ١٢١)؛ عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال في العبد يعتق بعضه: «يرث ويورث على قدر ما عتق منه».

وهو في «صحيح سنن النسائي» (٣ / ٩٩٥).

وهٰذا قول علي وابن مسعود، وبه قال الشعبي وعطاء وعثمان البتي وابن المبارك ويحيى بن آدم والمزني وابن سريج من الشافعية وجماعة من أهل الظاهر، وهو مذهب الحنابلة.

انظر: «شرح السنة» (٨ / ٣٦٦)، «المحلى» (٩ / ١٩١، ٣٠٢)، «مصنف عبدالرزاق» (٨ / ٣٩٥)، «كفاية الأخيار» (٢ / ١٢)، «الحاوي الكبير» (٨ / ١٤٧)، «المغني» (٦ / ٢٦٩)، «الإنصاف» (٧ / ٣٧٠)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ١٣٧)، «منتهى الإرادات» (٢ / ٥٦٤)، «كشاف القناع» (٤ / ٤٩٤)، «مغني ذوي الأفهام» (١١٧)، «التهذيب في الفرائض» (ص ٣٦٦).

وانظر: «العذب الفائض» (١ / ٢٣ ـ ٢٤)، «الفوائد الشنشورية» (ص ٥٥)، «التحقيقات المرضية» (ص ٤٦ ـ ٤٨)، «تسهيل الفرائض» (٢٣) لابن عثيمين، «الفوائد الجلية» (١٢).

(٢) «المعونة» (٣/ ١٦٥٠ ـ ١٦٥١)، مراجع المسألة السابقة.

وهٰذا هو القول القديم عند الشافعية، وبه قال أبو حنيفة، وهو قول زيد بن ثابت.

(٣) المذهب الجديد عند الشافعية ـ وهو الأظهر ـ أنه يورث عنه جميع ما ملكه وهو قول ابن عباس.

انظر: «نهاية الهداية» (١ / ٢٩٩)، «تبيين الحقائق» (٦ / ٢٤٠)، «حاشية ابن عابدين» (٦ / ٧٦٦)، «المهذب» (٢ / ٢٥)، «حلية العلماء» (٦ / ٢٦٧)، «كفاية الأخيار» (٢ / ١٢)، «روضة الطالبين» (٦ / ٣٠)، «شرح الرحبية» (٤٢).

قولهم: إن ورثته يرثون نصيبه الحر، وقول بعضهم: إنه لبيت المال[1]؛ لأن كل من لم يرث لمعنى لولاه لورث، فإنه لا يورث، أصله العبد والكافر، ولأن قدر ما فيه من الحرية إذا لم يوجب له أن يورث لم يوجب له أن يرث، ألا ترى أنه لم ينقله عن الأحكام التي ذكرناها[2].

(فصل)

ودليلنا على أن جميع ماله لمن له فيه الرق أنه لا يخلو أن يكون حكمه حكم العبيد أو المنعم عليهم، فإن كان حكمه حكم العبد وجب أن يكون جميع ما ترك للسيد، وهٰذا ما نقوله، وإن كان حكم المنعم عليهم كان المال بين من له الرق وبين المعتق بقدر الحرية والرق، وكل ذٰلك مقدم على بيت المال.

مسألة ١٩٤٧

قاتل الخطأ يرث[3]، خلافاً لأبي

= والمذكور عند المصنف هو مذهب الحنابلة وبه قال علي وابن مسعود.
انظر: «الكافي» (٢ / ٥٥٩)، «مغني ذو الأفهام» (١١٧)، «شرح السنة» (٨ / ٣٦٦).

(١) وقال الماوردي في «الحاوي الكبير» (١٠ / ٢٤٢): «قال أبو سعيد الإصطخري: يكون ما كان له بالحرية منتقلاً إلى بيت المال، لا يملكه السيد؛ لأنه لا حق له في حريته، ولا يورث عنه لبقاء أحكام رقه، فكان أولى الجهات به بيت المال، ولهٰذا القول عندي وجه أراه، والله أعلم».
وانظر: «المهذب» (٢ / ٢٥)، «المغني» (٦ / ٢٥)، «نهاية الهداية إلى تحرير الكفاية» (١ / ٢٩٩).

(٢) الراجح أنه يُوَرَّث على مقدار ما فيه من الحرية، دل على هٰذا الحديث المذكور في آخر تعليق على المسألة السابقة، وبه قال علي وابن مسعود رضي الله عنهما، وهو مذهب الحنابلة، والله الموفق للخيرات والهادي للصالحات.

(٣) مذهبهم يرث من المال دون الدية.
انظر: «المعونة» (٣ / ١٦٥٢)، «المنتقى» (٧ / ١٠٨)، «تفسير القرطبي» (١ / ٤٥٦ و٥ / ٥٩)، «التمهيد» (٢٣ / ٤٣٦)، «أسهل المدارك» (٣ / ٢٨٨)، «مواهب الجليل» (٦ / ٤٢٢)، «الكافي» (ص ٥٥٩)، «بداية المجتهد» (٢ / ٣٦٠)، «جامع الأمهات» (ص ٥٥٨)، «الذخيرة» (١٣ / ٢٠)، «مسالك الدلالة» (٢٩٥، ٣٤٢)، مراجع المسألة السابقة.

حنيفة[1] والشافعي[2]؛ لقوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوۡلَٰدِكُمۡۖ﴾ [النساء: ١١]؛ فعم، وروى هشام بن عروة عن أبيه عن النبي ﷺ؛ قال: «قاتل الخطأ يرث من المال ولا يرث من الدية»[3]، ولأن كل معنى لا يمنع التساوي في الحرمة والدين لا يوجب

= وروى هٰذا عن سعيد بن المسيب وعمرو بن شعيب وعطاء والحسن ومجاهد والزهري ومكحول والأوزاعي وابن أبي ذئب وأبي ثور وابن المنذر، وروي نحوه عن علي. قاله ابن قدامه في «المغني» (٦ / ٢٩١ ـ ٢٩٢)، وبه قال الحكم، قاله البغوي في «شرح السنة» (٨ / ٣٦٧) وزاد: «وقال قوم: يرث من الدية وغيرها، وقال قوم: قتل الصبي لا يمنع الميراث، وهو قول أبي حنيفة».

قلت: ذكر الشاشي في «الحلية» (٦ / ٢٦٧ ـ ٢٧٠) عن الحسن وابن سيرين أنه يرث من الدية أيضاً، ونقل عن ابن عليّة والأصم أن القتل لا يوجب حرمان الميراث. وقال ابن قدامة: «أجمع أهل العلم على أن قاتل العمد لا يرث من المقتول شيئاً؛ إلا ما حكي عن سعيد بن المسيب وابن جبير أنهما ورثاه، وهو رأي الخوارج». قال: ولا تعويل على هٰذا القول لشذوذه وقيام الدليل على خلافه».

وحكى ابن عقيل في «مفرداته» و «عمد الأدلة» وجهاً: أنه متى انتفت التهمة كقتل الصبي والمجنون لم يمتنع الإرث. قال: وهو أصح عندي. أفاده ابن رجب في «تقرير القواعد» (٢ / ٤٠٢ ـ بتحقيقي).

(١) «مختصر الطحاوي» (١٤٢)، «تبيين الحقائق» (٦ / ٢٣٩ ـ ٢٤٠)، «اللباب» (٤ / ١٨٨)، «المبسوط» (٢٩ / ١٣٨)، «الاختيار» (٥ / ١١٦)، «مجمع الأنهر» (٢ / ٦١٨)، «حاشية ابن عابدين» (٦ / ٧٦٧).

(٢) «الأم» (٤ / ٧٢)، «المجموع» (١٧ / ٦٠)، «روضة الطالبين» (٦ / ٣١)، «حلية العلماء» (٦ / ٢٦٧ ـ ٢٦٨)، «شرح الرحبية» (٤٣)، «نهاية الهداية» (١ / ٢٦٤).

وهٰذا مذهب الحنابلة.

انظر: «المغني» (٦ / ٢٩١ ـ ٢٩٢)، «الإنصاف» (٧ / ٣٦٨)، «منتهى الإرادات» (٣ / ٥٦٣)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ١٢٠ ـ ١٢١)، «الروض المربع» (٢ / ٢٦٥)، «تقرير القواعد» (٢ / ٤٠٢ ـ بتحقيقي)، «الهداية» (٢ / ١٧٩)، «التهذيب في الفرائض» (٣٣٤)، «كشاف القناع» (٤ / ٤٩٢)، «الإفصاح» (٢ / ٩٢).

(٣) قوله: «عن النبي ﷺ» خطأ، وصوابه: ما أخرج عبدالرزاق في «المصنف» (٩ / ٤٠٦ / رقم ١٧٧٩٩) عن ابن جريج، أخبرني هشـام بن عروة، عن عروة؛ قال: سـألنا عن الرجل يقتل من هو له وارث خطأ، هل يرث من ديته شيئاً؟ قال: لا، ولو كان ذٰلك يجوز قتل الرجل من يكره من أهله».

القود ولا يزيل جهة التوارث فلا يمنع الميراث، أصله غير القتل، ولا يدخل عليه الطلاق في الصحة لأنه قد أزال جهة التوارث[1].

= نعم، ذكره القرافي في «الذخيرة» (١٣ / ٢٠) كما عند المصنف بالحرف، ولم يذكر صحابيه، وفي التعليق عليه بقلم الدكتور محمد حجي ما نصه: «في كتب «السنن» ولفظ ابن ماجه: وإن قتل أحدُهما صاحبه خطأ ورث من ماله ولم يرث من ديته».

والحديث ليس موجوداً في كتب «السنن» ألبتة!

نعم، أخرج ابن ماجه (٢٧٣٦) والدارقطني (٤ / ٧٢ ـ ٧٣) والبيهقي (٦ / ٢٢١) في «سننهم»، وابن الجوزي في «التحقيق» (٨ / ٢١٩ / رقم ١٨٩ ـ ط قلعجي)؛ عن عبدالله بن عمرو: أن رسول الله ﷺ قام يوم فتح مكة فقال: «المرأة ترث من دية زوجها وماله، وهو يرث من ديتها ومالها، ما لم يقتل أحدُهما صاحبه، فإذا قتل أحدهما صاحبه عمداً لم يرث من ديته وماله شيئاً، وإن قتل أحدهما صاحبه خطأ ورث من ماله ولم يرث من ديته». لفظ ابن ماجه.

وإسناده واهٍ.

فيه محمد بن سعيد، قال عبدالحق في «الأحكام الوسطى» (٣ / ٣٣٤): «أظنه المصلوب، وهو متروك عند الجميع»، وكذا قال البوصيري في «مصباح الزجاجة» (٢ / ٣٧٦ / رقم ٩٦٨).

وتعقب ابن القطان في «بيان الوهم والإيهام» (٣ / ٤٠١ / رقم ١١٤٣ و٥ / ٤٠٤ / رقم ٢٥٧٠) هٰذا القول، قال بعد أن أورد مقولة عبدالحق السابقة: «كذا قال، والدارقطني قد بيَّن في كتابه أنه الطائفي، وقال فيه: ثقة، وإنما خفي على أبي محمد أمره لأنه أورده بإسنادٍ وفرغ منه، ثم أتبعه تركيبة ولم يذكر متنها، ولٰكنه قال: بإسناده مثله، ثم قال: إنه محمد بن سعيد الطائفي، وهو ثقة. فانتهى أبو محمد بالنظر إلى آخر الحديث، ولم يتماد بالنظر إلى التركيبة وما بعدها، فأغفل، والله الموفق».

ومع هٰذا؛ ففيه محمد ـ أو عمر ـ بن سعيد، وهو مجهول، وله علل أخرى.

انظر: «تنقيح التحقيق» (٣ / ١٢٢ ـ١٢٣)، «بيان الوهم والإيهام» (٣ / ٤٠١ ـ ٤٠٢).

(١) أجمع الصحابة رضي الله عنهم أن القاتل خطأ أو عمداً لا يرث من مال من قتل ولا من ديته، وإنما جاء الاختلاف بعدهم. قاله الجوهري في «نوادر الفقهاء» (١٤٤ ـ ١٤٥).

ونص على هٰذا أحمد، ويروى عن عمر وعلي وزيد وابن مسعود وابن عباس، وروي نحوه عن أبي بكر رضي الله عنهم، وبه قال شريح وعروة وطاوس وجابر بن زيد والنخعي والشعبي والثوري وشريك والحسن بن صالح ووكيع والشافعي ويحيى بن آدم وأصحاب الرأي. أفاده ابن قدامة.

قلت: وهو مذهب الحكم أيضاً.

وانظر: «مصنف عبدالرزاق» (٩ / ٤٠٠ ـ ٤٠٥)، «نيل الأوطار» (٦ / ١٩٥)، «سبل السلام» (٣ / =

(فصل)

ولا يرث من الدية[١]، خلافاً لأهل البصرة[٢]؛ لأن الدية واجبة عليه بجنايته والعاقلة تحملها عنه تخفيفاً ولا يجوز أن يجني جناية يستحق بها مالاً؛ لأن الجناية إن لم يلزمه بها شيء؛ فلا أقل من أن لا تفيده استحقاق[٣] مال[٤].

مسألة ١٩٤٨

الغرقى ومن جرى مجراهم يرثهم ورثتهم الأحياء ولا يرث بعضهم من بعض[٥]، خلافاً في ذلك لمن خالف من الصحابة[٦]؛ لأن المواريث لا تجب

= ١٥٦)، «سنن البيهقي» (٦ / ٢٢٠)، «مصنف ابن أبي شيبة» (٦ / ٢٨٠)، «سنن الدارمي» (٢ / ٣٨٥)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ٤٤٢ / رقم ٢١٣٢).

(١) «المعونة» (٣ / ١٦٥٣)، «المنتقى» (٧ / ١٠٨)، «جامع الأمهات» (ص ٥٥٨)، «الذخيرة» (٣ / ١٧)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣ / ٤٥٣)، مراجع المسألة السابقة.

(٢) هو قول الحسن وابن سيرين، أفاده القفال في «حلية العلماء» (٦ / ٢٦٩)، وقال أبو الخطاب الكلوذاني في «التهذيب في الفرائض» (ص ٣٣٥): «وقال بعض علماء البصرة: يرث من ماله وديته جميعاً». وانظر: «المنتقى» (٧ / ١٠٨).

(٣) في هامش الأصل: «في نسخة استجلاب» وكذا في (ط).

(٤) ما قرره المصنف صحيح وراجح، وانظر آخر تعليق على المسألة السابقة.

(٥) «المدونة» (٣ / ٨٥)، «التفريع» (٢ / ٣٣٦)، «المعونة» (٣ / ١٦٥٣)، «قوانين الأحكام» (٣٣٩)، «شرح الزرقاني على الموطأ» (٣ / ١٢٢ ـ ١٢٣)، «جامع الأمهات» (ص ٥٥٨)، «الذخيرة» (١٣ / ١٧)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣ / ٤٥٤).

(٦) أخرج ابن أبي شيبة (١١ / ٣٤٣، ٣٤٤) وعبدالرزاق (١٠ / ٢٩٤ ـ ٢٩٥) في «مصنفيهما»، والدارمي (٣٠٤٧)، وسعيد بن منصور (٢٢٩)؛ من طرق عن عمر أنه قال في أناس ماتوا جميعاً لا يدرى أيهم مات قبل صاحبه، قال: «يورث بعضهم من بعض». لفظ سعيد.
ومن ألفاظ ابن أبي شيبة: عن أبي حصين أن قوماً غرقوا على جسر منبج، فورث عمر بعضهم من بعض، وفي لفظ آخر عن سماك عن رجل عن عمر أنه ورث قوماً غرقوا بعضهم من بعض.
وله ألفاظ كثيرة تدلل على مراد المصنف. وانظر: «سنن البيهقي» (٦ / ٢٢٢).
وأخرج عبدالرزاق في «المصنف» (١٠ / ٢٩٤ ـ ٢٩٥ / رقم ١٩١٥٠) عن جابر الجعفي عن الشعبي: أن عمر وعلياً قضيا في القوم يموتون جميعاً، لا يدرى أيهم يموت قبل: أنّ بعضهم من=

بالشكوك، ولو شككنا في أيهم مات أولاً لم يجز أن يُوْرثَ وارثٌ مشكوكٌ في استحقاقه الميراث(١).

= بعض.
وإسناده ضعيف.
وورد عنه أنه ورّث أخوين قتلا بصفين أحدهما من الآخر.
أخرجه ابن أبي شيبة (١١ / ٣٤٣ ـ ٣٤٤ / رقم ١٣٩١) وعبدالرزاق (١٠ / ٢٩٥ / رقم ١٩١٥٢) في «مصنفيهما»، والدارمي في «السنن» (٣٠٤٨)، والفسوي في «المعرفة والتاريخ» (٣ / ٢٣٥)، وابن المنذر في «الأوسط» (٣ / ق ١٤١ / ب)، والدارقطني في «المؤتلف والمختلف» (٦١١)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٦ / ٢٢٢). وانظر: «إرواء الغليل» (٦ / ١٥٣).
وعزاه الشاشي في «حلية العلماء» (٦ / ٢٧٧) لأبي بكر وعمر ـ في إحدى الروايتين عنه ـ وابن عباس، وأفاد أنه قول أبي حنيفة وأصحابه.
قلت: الصواب أن مذهب الحنفية كمذهب المالكية.
انظر: «حاشية ابن عابدين» (٦ / ٧٩٨).
وهو مذهب الشافعية أيضاً.
انظر: «مغني المحتاج» (٣ / ٢٦)، «نهاية الهداية» (١ / ٣٠٧).
وروي عن أحمد ما يدل على ما قاله الجمهور، ومشهور مذهبه: أنه إذا مات المتوارثان؛ فجهل أولهما موتاً ورث بعضهم من بعض، فيجعل أحدهما أولهما موتاً، ولٰكن لا يرث كل واحد منهما ما ورثه من مال صاحبه، وإلا لزم أن يرث كل واحد من مال نفسه، وهٰذا من مفردات المذهب.
انظر: «المغني» (٧ / ١٨٧)، «المنح الشافيات» (٢ / ٤٦٨، ٤٦٩)، «الهداية» (٢ / ١٧٦)، «التهذيب في الفرائض» (ص ٣١٨ ـ ٣١٩)؛ كلاهما للكلوذاني ـ وفيه: «وروي عن علي وعبدالله ابن مسعود وإياس بن عبد المزني رضي الله عنهم: أنهم ورثوا بعضهم من بعض من تلاد أموالهم دون ما ورثه ميت عن ميت، وبه قال شريح والحسن وعطاء وحميد الأعرج وعبدالله بن عتيبة والنخعي والشعبي والثوري وابن أبي ليلى وأحمد وشريك والحسن بن صالح ويحيى بن آدم وإسحاق، وروي عن عمر وابن عباس القولان معاً».

(١) الأشبه بأصول الشريعة لمن تلك حالهم أنه لا يرث بعضهم من بعض، بل يرث كل واحد ورثته الأحياء، أفاده ابن تيمية في «مجموع الفتاوى» (٣١ / ٣٥٦)، وهٰذا مذهب الجماهير كما قدمناه، وبه قال زيد بن ثابت.
أخرج سعيد بن منصور (٢٤١) والدارمي (٤٣٧٤ ـ «فتح المنان») والدارقطني (٤ / ١١٩) والبيهقي (٦ / ٢٢٢) في «سننهم»، وعبدالرزاق في «المصنف» (١٠ / ٢٩٧، ٢٩٨ / رقم ١٩١٦٠، =

مسألة ١٩٤٩

إذا استهل الجنين صارخاً وَرِث وَوَرَّث، وإن تحرك قليلاً ثم مات لم يرث ولا يورث[1]، خلافاً لأبي حنيفة[2] والشافعي[3]؛ لأن الاستهلال أو ما يقوم مقامه علامة

= ١٩١٦٦) بسندٍ صحيح عنه؛ قال: «كل قوم متوارثين عمي موتهم في هدم أو غرق؛ فإنهم لا يتوارثون، يرثهم الأحياء».

وهٰذا ما قضى به عمر بن عبدالعزيز فيما أخرجه سعيد بن منصور (٢٤٢)، وعبدالرزاق (١٠ / ٢٩٧ رقم ١٩١٦١)، وابن أبي شيبة (١١ / ٣٤٥ / رقم ١١٣٩٥، ١١٣٩٦)، والدارمي (٣٢٧٥)، والبيهقي (٦ / ٢٢٢).

وانظر: «شرح السنة» للبغوي (٨ / ٣٦٨)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ٤٥٤ ـ ٤٥٦ / رقم ٢١٤٠)، «المبسوط» (٣٠ / ٢٧).

(١) «التفريع» (٢ / ٣٣٦)، «المعونة» (٣ / ١٦٥٤)، «الكافي» (٥٥٩)، «أسهل المدارك» (٣ / ٢٨٩)، «الذخيرة» (١٣ / ١٦)، «المنتقى» (٦ / ٢٥٤).

وهٰذا قول ابن سيرين والشعبي والنخعي وقتادة، وبه قال الزهري. أفاده البغوي في «شرح السنة» (٨ / ٣٦٩)، وعزاه الكلوذاني إلى القاسم بن محمد.

وانظر: «مصنف عبدالرزاق» (٦ / ٢٨٨)، «مصنف ابن أبي شيبة» (١٠ / ٥٨، ٦٣)، «المحلى» (٩ / ٣٠٩).

وهٰذا مذهب أحمد في رواية يوسف بن موسى.

انظر: «الإنصاف» (٧ / ٣٣١)، «الهداية» (٢ / ١٨٠)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ١٣٤ ـ ١٣٥)، «منتهى الإرادات» (٢ / ٥٤٠ ـ ٥٤١)، «كشاف القناع» (٤ / ٤٦١، ٤٦٣).

(٢) «مختصر الطحاوي» (٢٤٣)، «المبسوط» (١٦ / ١٤٤)، «الاختيار» (٥ / ١١٤)، «السراجية» (ص ١٢٧)، «مختصر اختلاف العلماء» (٥ / ١٧٤ / رقم ٢٢٨٤)، «رد المحتار» (٦ / ٦٧٦)، «تبيين الحقائق» (٦ / ٢٤١).

وهٰذا قول أصحاب أبي حنيفة: أبو يوسف ومحمد وزفر.

(٣) «مختصر المزني» (٢٥٠)، «شرح السنة» (٨ / ٣٦٨) ـ وفيه: «وهو قول الثوري والأوزاعي وأصحاب الرأي» ـ، «الشرح الكبير» (٦ / ٥٢٩ ـ ٥٣٠ ـ ط دار الكتب العلمية)، «مختصر من قواعد العلائي وكلام الأسنوي» (٢ / ٥٨٨)، «المجموع» (١٧ / ١٧٥)، «روضة الطالبين» (٦ / ٣٦ ـ ٣٧)، «شرح الرحبية» (١٣٠)، «نهاية الهداية» (٢ / ٢٢٥).

وهٰذا قول الثوري والأوزاعي والحسن بن صالح.

انظر: «شرح السنة» (٨ / ٣٦٨)، «المحلى» (٩ / ٣٠٩)، «تهذيب الفرائض» (٣١٦).

حياته، فإذا عدم الاستهلال ولم يطل مكثه لم يعلم أنه كان حياً ولا اعتبار بحركته لأن المذبوح يتحرك ولا يدل ذٰلك على حياته[١].

مسألة ١٩٥٠

إذا كان النسب فيه علة تمنع الميراث فزالت بعد الموت وقبل القسمة لم يرث[٢]، خلافاً لمن قال: إنه يرث إذا زالت[٣]؛ لأن كل من لم يكن وارثاً حال

---

(١) أخرج ابن ماجه (٢٧٥١)، والطبراني في «الأوسط» (٥ / ٣٠٣ / رقم ٤٥٩٦) و «الكبير» (٢٠ / ٢٠ - ٢١ / رقم ٢٣)، والسهمي في «تاريخ جرجان» (٤٧١)، وغيرهم؛ بإسنادٍ صحيح عن جابر بن عبدالله والمسور بن مخرمة رفعاه: «لا يرث الصبي حتى يستهلّ صارخاً، واستهلاله أن يصيح أو يعطس أو يبكي».

انظر: «السلسلة الصحيحة» (رقم ١٥٢، ١٥٣)، «الإرواء» (٦ / ١٤٧ - ١٥٠ / رقم ١٧٠٧).

وقال بهٰذا جمع من السلف.

انظر: «مصنف ابن أبي شيبة» (٣ / ٣١٨ - ٣١٩ و١١ / ٣٨٣ - ٣٨٤)، «مصنف عبدالرزاق» (٣ / ٥٢٩ - ٥٣٠، ٥٣٣)، «المحلى» (٩ / ٣٠٩)، «سنن الدارمي» (١٠ / ٢٥٨ - ٢٦٣ / مع «فتح المنان»)، «شرح السنة» (٨ / ٣٦٨ - ٣٦٩)، «سنن البيهقي» (٤ / ٨).

(تنبيه): ذهب شريح والنخعي وأبو سلمة بن عبدالرحمٰن ومالك إلى عدم ميراث الجنين حتى يستهل صارخاً، ولم يقيموا مقام الصراخ غيره، خلافاً للمذكورين في أول تعليق على المسألة، والدليل على إلحاق العطاس والبكاء هو منطوق النص، فالقائلون أسعد به، والله الموفق.

(٢) «المدونة» (٣ / ٨٧ - ٨٨)، «التفريع» (٢ / ٣٣٧)، «الكافي» (٥٥٥)، «المعونة» (٣ / ١٦٥٤)، «بداية المجتهد» (٢ / ٣٦٠ - ٣٦١).

وهٰذا هو المشهور عن علي، وبه قال ابن المسيب وعطاء وطاوس والزهري وسليمان بن يسار وإبراهيم النخعي والحكم وأبو الزناد وأبو حنيفة والشافعي وأحمد في رواية أبي طالب عنه، وعامة الفقهاء.

قاله الكلوذاني في «تهذيب الفرائض» (٣٠٩).

وانظر ذٰلك مسنداً عنهم في: «مصنف ابن أبي شيبة» (٦ / ٣٠٠ - ٣٠١)، «مصنف عبدالرزاق» (١٠ / ٣٤٤، ٣٤٥، ٣٤٨، ٣٥٠)، «سنن سعيد بن منصور» (١ / ٩٥ - ٩٦)، «المغني» (٩ / ١٦٠).

وانظر: «المبسوط» (١٧ / ٥٠)، «روضة الطالبين» (٦ / ٢٩، ٣٠)، «المجموع» (١٦ / ٥٨).

(٣) وهو قول أحمد في رواية الأثرم وابن منصور.

انظر: «الروايتين» (٢ / ٦٥)، «الهداية» (٢ / ١٧٤)، «المغني» (٩ / ١٦٠)، «تنقيح التحقيق» (٣=

الموت لوجود معنى فزواله بعد الموت لا يجعله وارثًا، أصله بعد القسمة.

مسألة ١٩٥١

إذا اجتمع في الشخص الواحد سببان يرث بهما فرضًا مقدرًا؛ فإنه يرث بأقواهما ويسقط الأضعف، وسواء اتفق ذلك في المسلمين أو المجوس، وذلك في الأم تكون أختًا والبنت تكون أختًا(١)، وقال أبو حنيفة: يرث بالسببين معًا(٢).

= /١٢٥/ رقم ٥٩٢)، «الإنصاف» (٧/ ٣٤٨)، «منتهى الإرادات» (٢/ ٥٥٢)، «كشاف القناع» (٤/ ٤٧٦ ـ ٤٧٧)، «شرح الزركشي» (٤/ ٥٣٥).

وقال به عدد منهم: الأثرم ومحمد بن الحكم وغيرهم.

انظر: «المغني» (٦/ ٢٢٩)، «حلية العلماء» (٦/ ٢٦٥).

وقال الكلوذاني في «تهذيب الفرائض» (ص ٣٠٨): «روي عن عمر وعثمان وعلي وابن مسعود ـ رضي الله عنهم ـ: أنهم ورثوا من أسلم على ميراث قبل قسمته، وبه قال إياس وحميد وعكرمة والحسن وجابر بن زيد ومكحول وقتادة وأحمد في رواية الأثرم وابن منصور وبكر بن محمد عنه، وهو اختيار الخرقي وشيخنا أبي يعلى، وهي مذهب إسحاق، وأجمع من ذكرنا أنه لا يرث من أعتق على ميراث إلا ما روي عن الحسن وجابر بن زيد ومكحول وقتادة: أنهم ورثوا من أعتق أيضًا».

(١) «الرسالة» (٢٥٣)، «الكافي» (٥٧٠)، «المعونة» (٣/ ١٦٥٨)، «المنتقى» (٦/ ٢١٥)، «جامع الأمهات» (ص ٥٥٢)، «الذخيرة» (١٣/ ٤٣)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣/ ٤٤٨).

وهذا مذهب الحسن والزهري والشافعي والليث بن سعد وحماد، وروى حنبل عن أحمد نحو ذلك، وأبو بكر ينكره، وقال حنبل: لم يحك عن أبي عبدالله لفظًا، والعمل في المذهب كالحنفية.

وانظر: «مصنف عبدالرزاق» (٦/ ٣١)، «مصنف ابن أبي شيبة» (٦/ ٢٨٢)، «سنن الدارمي» (٢/ ٣٨٦)، «سنن البيهقي» (٦/ ٢٦٠)، «معرفة السنن والآثار» (٩/ ١٥٥)، «المجموع» (١٦/ ٩٦)، «روضة الطالبين» (٦/ ٤٤)، «شرح السنة» (٨/ ٣٧٠)، «حلية العلماء» (٦/ ٢٩٤)، «نهاية الهداية» (١/ ٣٢٢ ـ ٣٢٣).

وروي هذا عن زيد، وليس بمحفوظ عنه، أفاده الكلوذاني في «التهذيب في الفرائض» (٢٩١).

(تنبيه): معنى أقوى القرابتين أي أن تكون إحداهما باقية مع ما يسقط الأخرى، فتكون الباقية هي الأقوى، كأم هي أخت مع ابن تسقط الإخوة بالابن ولا تسقط الأمومة؛ فالأمومة أقوى، وتعرف القوة بثلاثة أمور: إما تحجبها الأخرى، وإما عُدْمُ حجبها دون الأخرى، وإما كونها أقل حجبًا من الأخرى. انظر: «نهاية الهداية» (١/ ٣٢٢ ـ ٣٢٣).

(٢) «مختصر الطحاوي» (ص ١٥٠)، «المبسوط» (٣٠/ ٣٤)، «اللباب» (٤/ ١٩٨)، «الاختيار» =

فدليلنا أنهما سببان يورث بهما من جنس واحد، فإذا اجتمعا لم يرث بهما؛ كالأخ يكون مولى، ولأنهما سببان يورث بكل واحد منهما فرض مقدر، فإذا اجتمعا لم يورث بهما؛ كالأخت للأب وللأم لأن كونها أختاً لأب يوجب النصف وللأم يوجب السدس، ثم إذا اجتمعا ورثت بالأقوى.

مسألة ١٩٥٢

فرض الابنتين الثلثان[1]، خلافاً لما يحكى عن ابن عباس إن صح: من أن لهما النصف[2]؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِن كُنَّ نِسَآءً فَوْقَ ٱثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ﴾ [النساء:

= (٥/ ١١٣)، وبهذا قال أبو يوسف ومحمد بن الحسن واللؤلؤي.
وبهذا قال عمر بن عبدالعزيز وقتادة والنخعي والثوري وابن أبي ليلى ومكحول ويحيى بن آدم والحسن ابن صالح وإسحاق، وهو الصحيح من مذهب الحنابلة، وبه قال ابن سريج وابن اللبان من الشافعية.
انظر: «مصنف ابن أبي شيبة» (٦/ ٢٨٢)، «مصنف عبدالرزاق» (٦/ ٣١ و١٠/ ٣٥١)، «سنن البيهقي» (٦/ ٢٦٠)، «مختصر المزني» (ص١٤١)، «شرح السنة» (٨/ ٣٧٠)، «المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين» (٢/ ٦٦)، «التهذيب في الفرائض» (٢٩١)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤/ ٤٤٨ ـ ٤٤٩/ رقم ٢١٣٧)، «المبسوط» (٣٠/ ٣٣ ـ ٣٤).

(١) «المعونة» (٣ / ١٦٦٥)، «جامع الأمهات» (ص ٥٥١)، «الذخيرة» (١٣ / ٣١)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣/ ٤٣٨)، «الاستذكار» (١٥ / ٣٨٩)، «تفسير القرطبي» (٥ / ٦٣).

(٢) قال ابن عبدالبر في «التمهيد» (١٥ / ٣٨٩) بعد أن ذكر أن نصيب الابنتين الثلثان: «وما أعلم في هذا خلافاً بين علماء المسلمين إلا رواية شاذة لم تصح عن ابن عباس أنه قال: للاثنتين النصف كما للبنت الواحدة حتى تكون البنات أكثر من اثنتين؛ فيكون لهن الثلثان، وهذه الرواية منكرة عند أهل العلم قاطبة، كلهم ينكرها، ويدفعها ما رواه ابن شهاب عن عبيدالله بن عبدالله بن عتبة بن مسعود عن ابن عباس، أنه جعل للبنتين الثلثين، وعلى هذا جماعة الناس».
قلت: أخرج سعيد بن منصور في «السنن» (رقم ٣٦)، وعبدالرزاق (١٠ / ٢٥٤ / رقم ١٩٠٢٢) وابن أبي شيبة (٦ / ٢٥٦) في «مصنفيهما»، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٦ / ٢٥٣)، وابن حزم في «المحلى» (٩ / ٢٦٣ ـ ٢٦٤)؛ من طريق الزهري، به عن ابن عباس؛ قال: «أحصى الله رمل عالج ولم يُحصِ هذا، ما بال في مال ثلثان ونصف، يعني: إن الفريضة لا تعول». لفظ عبدالرزاق، ولفظ سعيد: «أترون الذي أحصى رمل عالج عدداً جعل في مال نصفاً ونصفاً وثلثاً، وإنما هو نصفان وثلاثة أثلاث وأربعة أرباع».

١١]، فبين حكم الواحدة وحكم ما زاد على الاثنتين؛ فكان مفهومه: فإن كن نساء فوق اثنتين فما فوقهما، ولأن لبنت الابن مع بنت الصلب السدس تكملة الثلثين، وفائدة ذٰلك أنها تقوم معها مقام ابنة أخرى في استغراق الثلثين، ولأن كل إناث كان فرض الثلاث منهن الثلثين؛ فكذٰلك فرض الاثنتين، أصله الأخوات(١).

= ولابن حزم (٦ / ٢٦٤) لفظ مطول فيه قصة تدلل على أن هٰذا الأثر هو المراد.
وانظر: «المحلى» (٩ / ٢٥٥)، «أحكام القرآن» للجصاص (٢ / ٨٠)، «التهذيب في الفرائض» (١٩٩) ـ وأشار إلى ضعفه إذ ذكر خمسة مسائل تحت (باب ما انفرد به ابن عباس) ثم قال: «ووردت عنه أشياء كثيرة لم تثبت عنه الرواية فيها فتركنا ذكرها» ـ، «حلية العلماء» (٦ / ٢٨٢)، «المغني» (٦ / ١٧٠)، «موسوعة فقه ابن عباس» (١ / ١٢٧).

(١) ما قرره المصنف هو الراجح، وبه قال جمع من الصحابة، وهو مذهب جمهور الفقهاء، وعليه الدليل الصريح الصحيح عن جابر بن عبدالله؛ قال: «جاءت امرأة إلى رسول الله ﷺ بابنتين لها فقالت: يا رسول الله! هاتان بنتا ثابت بن قيس، أو قالت: «سعد بن الربيع» قتل معك يوم أحد، وقد استفاء عمهما مالهما وميراثهما فلم يدع لهما مالاً إلا أخذه؛ فما ترى يا رسول الله؛ فوالله ما ينكحان أبداً إلا ولهما مال. فقال: يقضي الله في ذٰلك. فنزلت سورة النساء وفيها: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِىٓ أَوْلَـٰدِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ . . .﴾ إلى آخر الآية، فقال لي رسول الله ﷺ: «ادع لي المرأة وصاحبها». فقال لعمهما: «أعطهما الثلثين، وأعط أمهما الثمن، وما بقي فلك».
وإسناده حسن.
أخرجه أبو داود (٢٨٩١، ٢٨٩٢)، والترمذي (٢٠٩٢)، وابن ماجه (٢٧٢٠)، والدارقطني (٤ / ٧٩)، والبيهقي (٦ / ٢٢٩) في «سننهم»، وأحمد (٢ / ٣٥٢) والطيالسي في (٢٤٠) في «مسنديهما»، والحاكم في «المستدرك»، والواحدي في «أسباب النزول» (٢٩٥)، وابن جرير في «التفسير» (٩ / ٤٣١ / رقم ١٠٨٦٧ ـ ١٠٨٦٩ ـ ط شاكر)، وابن حزم في «المحلى» (٩ / ٢٥٥)، وابن عبدالبر في «التمهيد» (١٥ / ٣٩٠).
قال الترمذي: «هٰذا حديث حسن صحيح».
وقال الحاكم: «صحيح»، ووافقه الذهبي.
انظر: «السنن الكبرى» (٦ / ٢٥٣) للبيهقي، «مصنف ابن أبي شيبة» (٦ / ٢٥٦)، «المغني» (٦ / ١٧٠)، «شرح السراجية» (١١٨)، «شرح الرحبية» (٥٥ ـ ٥٦)، «مجموع فتاوى ابن تيمية» (٣١ / ٣٥٠)، «إعلام الموقعين» (١ / ٣٢٣ ـ ٣٢٥ ـ ط دار الحديث)، «أضواء البيان» (١ / ٣٠٨)، «الحقوق المتعلقة بالتركة» (٣٥٦)، «التحقيقات المرضية في المباحث الفرضية» (ص ٧٨).

مسألة ١٩٥٣

يَحْجُبُ الأم من الثلث إلى السدس من الأخوة أو الأخوات اثنان[(١)]، وقال ابن عباس: لا يحجبها أقل من ثلاث[(٢)].

فدليلنا أنه فرض يتغير بعدد من الأخوة أو الأخوات؛ فوجب أن يتغير بالاثنين فما زاد، أصله شركة الأم في الثلث إذا ترك امرأة وأبوين أو تركت زوجاً وأبوين؛ فللأم بعد أخذ الزوج أو الزوجة ثلث ما بقي، خلافاً لقول ابن عباس[(٣)] وإحدى

---

(١) «المعونة» (٣ / ١٦٦٣، ١٦٦٤، ١٦٦٧)، «جامع الأمهات» (ص ٥٥١)، «الذخيرة» (١٣ / ٤٣)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣ / ٤٤١).

(٢) أخرج ابن جرير في «التفسير» (٨ / ٤٠ / رقم ٨٧٣٢ ـ ط شاكر)، والحاكم في «المستدرك» (٤ / ٣٣٥)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٦ / ٢٢٧)، وابن حزم في «المحلى» (٩ / ٢٥٨)؛ من طريق شعبة، عن ابن عباس: أنه دخل على عثمان بن عفان رضي الله عنه فقال: لم صار الأخوان يردّان الأم إلى السدس، وإنما قال الله: ﴿فَإِن كَانَ لَهُۥٓ إِخْوَةٌ﴾ [النساء: ١١]، والأخوان في لسان قومك وكلام قومك ليسا بإخوة؟ فقال عثمان رحمه الله: هل أستطيع نقض أمر كان قبلي وتوارثه الناس ومضى في الأمصار. لفظ ابن جرير.

وإسناده ضعيف.

شعبة هو ابن دينار مولى ابن عباس، قال ابن حبان فيه: «روى عن ابن عباس ما لا أصل له، حتى كأنه ابن عباس آخر».

وانظر: «حلية العلماء» (٦ / ٢٨١)، «تفسير ابن جرير» (٨ / ٤٠ ـ ط شاكر)، «موسوعة فقه عبدالله بن عباس» (١ / ١٣٥ ـ ١٣٦).

(٣) أخرج البيهقي في «السنن الكبرى» (٦ / ٢٢٨)، وابن حزم في «المحلى» (٩ / ٢٦١ ـ ٢٦٢)؛ عن عكرمة قال: أرسلني ابن عباس إلى زيد بن ثابت أسأله عن زوج وأبوين، فقال زيد: للزوج النصف، وللأم ثلث ما بقي، وللأب بقية المال. فقال ابن عباس: للأم الثلث كاملاً. وفي لفظ له: فأرسل إليه ابن عباس: «أفي كتاب الله تجد هٰذا؟ قال: لا، ولٰكن أكره أن أفضل أماً على أب، قال: وكان ابن عباس يعطي الأم الثلث من جميع المال».

وأخرج عبدالرزاق في «المصنف» (رقم ١٩٠١٨)، والدارمي (٢ / ٢٥٠) والبيهقي (٦ / ٢٢٨) في «سننهما»، وسفيان الثوري في «الفرائض» (رقم ١٤)؛ عن إبراهيم قال: خالف ابن عباس أهل الصلاة في زوج وأبوين، فجعل النصف للزوج، وللأم الثلث من رأس المال، وللأب ما بقي» لفظ عبدالرزاق، ولفظ الدارمي: «وجعل للأم الثلث من جميع المال».

الروايتين عن علي[١] من أن لها الثلث كاملاً؛ لأنا لو أكملنا لها الثلث لكنا قد فضلناها على الأب وذٰلك غير جائز، أصله حال الإفراد، ولأن اجتماعهما في الولادة المباشرة يمنع تفضيلها عليه، أصله مع الاخوة، ولأنهما أبوان دخل بينهما ذو سهم فوجب أن يكون ثلث ما بقي بعد السهم، أصله إذا كان مع الأبوين بنت[٢].

= وعلقه عنه ابن حزم في «المحلى» (٩ / ٢٦٠).

وأسند عبدالرزاق (١٩٠١٧، ١٩٠١٩)، وابن أبي شيبة (١١ / ٢٣٨)، وسفيان (١٢، ١٥)، وسعيد ابن منصور (٩)، والدارمي (٢ / ٢٤٩)، والبيهقي (٦ / ٢٢٨)؛ بإسناد صحيح عن عثمان، وابن أبي شيبة (١١ / ٢٣٩، ٢٤٠، ٢٤١)، وسعيد (٦ ـ ٨)، وسفيان (١٣، ١٥)، وعبدالرزاق (١٩٠١٩)، والدارمي (٢ / ٢٥٠٠)، والبيهقي (٦ / ٢٢٨)، وابن حزم (٩ / ٢٦٠)؛ عن عمر وابن مسعود (ثلاثتهم) قالوا بما قال به زيد بن ثابت في الأثر السابق.

وانظر: «حلية العلماء» (٦ / ٢٨١)، «التهذيب في الفرائض» (ص ١٩٩)، «موسوعة فقه ابن عباس» (١ / ١٣٢ ـ ١٣٦).

(١) أخرج البيهقي في «السنن الكبرى» (٦ / ٢٢٨) عن يحيى بن الجزار عن علي رضي الله عنه في زوج وأبوين قال: للزوج النصف، وللأم الثلث، وللأب السدس.

وإسناده ضعيف جداً.

فيه الحسن بن عمارة، متروك.

ثم أخرجه من طريق آخر منقطع، إبراهيم لم يسمع علياً، ولفظه: «لها الثلث من جميع المال»، وهو عند ابن حزم في «المحلى» (٩ / ٢٦٠).

وانظر: «موسوعة فقه علي» (٦٦ / ٦٨).

وإلى هٰذا ذهب ابن حزم في «المحلى» (٩ / ٢٥٨ ـ ٢٥٩ / رقم ١٧١٤).

(٢) ما قرره المصنف هو الراجح، وبه قال جماهير أهل العلم سلفاً وخلفاً، قال ابن جرير في «تفسيره» (٨ / ٤١ ـ ٤٣ ـ ط شاكر): «والصواب من القول في ذٰلك عندي أن المعنى بقوله: «فإن كان له إخوة» اثنان من إخوة الميت فصاعداً، على ما قاله أصحاب رسول الله ﷺ، دون ما قاله ابن عباس رضي الله عنهما لنقل الأمة وراثة صحة ما قالوه من ذٰلك عن الحجة وإنكارهم ما قاله ابن عباس في ذٰلك.

«فإن قال قائل: وكيف قيل في الأخوين «إخوة»، وقد علمت أن لـ «الأخوين» في منطق العرب مثالاً لا يشبه مثال «الإخوة» في منطقها؟

قيل: إن ذٰلك وإن كان كذٰلك؛ فإن من شأنها التأليف بين الكلامين يتقارب معنياهما، وإن اختلفا في بعض وجوههما، فلما كان ذٰلك كذٰلك وكان مستفيضاً في منطقها منتشراً مستعملاً في كلامها: =

مسألة ١٩٥٤

إذا كان مع بنت الصلب ذكور وإناث من ولد الابن أخذوا ما بقي بالتعصيب على الإطلاق ولم يعتبر الإناث بالسدس[(١)]، خلافاً لابن مسعود في قوله: إنه يعطى للإناث ما هو الأفضل لهن من السدس أو المقاسمة[(٢)]؛ لأن كل ذكور عصبوا إناثهم

= «ضربت من عبدالله وعمرو رؤوسهما، وأوجعت منهما ظهورهما»، وكان ذلك أشد استفاضة في منطقها من أن يقال: أوجعت منهما ظهريهما»، وإن كان مقولاً: «أوجعت ظهريهما»، كما قال الفرزدق [في «ديوانه» (٥٥٤)]:

بما في فؤادينا من الشوق والهوى فيبرأ منهاض الفوائد المشعف

غير أن ذلك وإن كان مقولاً فأصح منه: «بما في أفئدتنا»، كما قال جل ثناؤه: ﴿إِن تَتُوبَآ إِلَى ٱللَّهِ فَقَدْ صَغَتْ قُلُوبُكُمَا﴾ [التحريم: ٤].

فلما كان ما وصفت من إخراج كل ما كان في الإنسان واحداً إذا ضم إلى الواحد منه آخر من إنسان آخر فصارا اثنين من اثنين، بلفظ الجميع، أفصح في منطقها وأشهر في كلامها، وكان «الأخوان» شخصين كل واحد منهما غير صاحبه، من نفسين مختلفين، أشبه معنياهما معنى ما كان في الإنسان من أعضائه واحداً لا ثاني له، فأخرج اثناهما بلفظ اثني العضوين اللذين وصفت، فقيل: «إخوة» في معنى «الأخوين»، كما قيل: «ظهور» في معنى «الظهرين»، و «أفواه» في معنى «فموين»، و «قلوب» في «معنى «قلبين».

وقد قال بعض النحويين: إنما قيل «إخوة»؛ لأن أقل الجمع اثنان، وذلك أن ضم شيء إلى شيء صارا جميعاً بعد أن كانا فردين، فجمعا ليعلم أن الاثنين جمع».

وانظر: «المبسوط» (٢٩ / ١٤٥)، «الاختيار» (٤ / ١٦٣)، «الفتاوى الهندية» (٦ / ٤٤٩)، «شرح السراجية» (١٢٩ ـ ١٣١)، «شرح الرحبية» (٦٠ ـ ٦١)، «حاشية البقري على الماريديني» (ص ١٩، ٦٥)، «نهاية الهداية» (١ / ١٨٨ ـ ١٩١)، «التهذيب في الفرائض» (ص ١٩٩)، «مغني المحتاج» (٣ / ١٠)، «روضة الطالبين» (٥ / ١١)، «الإقناع» (٣ / ٨٥)، «المغني» (٦ / ١٧٦)، «الإفصاح» (٢ / ٨٥)، «زاد المسير» (٢ / ٢٧)، «معاني القرآن» للزجاج (٢ / ٢٢)، «أنوار التنزيل» للبيضاوي (٢ / ٧١)، «الحقوق المتعلقة بالتركة» (٣٢٢ ـ ٣٢٤).

(١) «المعونة» (٣ / ١٦٧٠)، «جامع الأمهات» (ص ٥٥١)، «الذخيرة» (١٣ / ٤٣)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣ / ٤٤١).

(٢) أخرج الدارمي في «السنن» (٢٨٩٤) بسندٍ ضعيف فيه أبو سهل محمد بن سالم الهمداني ـ وهو ضعيف ـ عن الشعبي: أن ابن مسعود كان يقول في بنتٍ وبنات ابن وابن ابن: إن كانت المقاسمة بينهم أقل من السدس أعطاهم السدس، وإن كان أكثر من السدس أعطاهم السدس.

في موضع عصبوهن في كل موضع، أصله البنون والبنات والإخوة والأخوات، ولأنها مقاسمة بين بني الابن وبنات الابن بعد أخذ ذي الفرض فرضه؛ فوجب أن يكون على الإطلاق، ومن غير اعتبار لضرر، أصله إذا كان ذو الفرض غير البنت، ولأنه لا وجه لاعتبار الإضرار بهن بل لا فضل بين معتبر ذلك ومعتبر ألا يقع لهن[(١)].

مسألة ١٩٥٥

إذا استكمل بنات الصُّلْب الثلثين؛ فلا شيء لبنات الابن إلا أن يكون معهن ذَكَر فيعصبهنّ[(٢)]، خلافاً لابن مسعود في قوله: يكون الباقي للذكر وحده[(٣)]؛ لأنه

= وله علة أخرى، وهي الانقطاع، الشعبي لم يسمع ابن مسعود.

وأخرجه ابن أبي شيبة في «المصنف» (١١ / ٢٤٩ ـ ٢٥٠) بنحوه، ولفظه: كان ابن مسعود يعطي هذه النصف، ثم ينظر، فإذا كانت إذا قاسمت الذكور أصابها أكثر من السدس لم يزدها على السدس، وإن أصابها أقل من السدس قاسم بما لم يلزمها الضرر.

والأثر باللفظ الأول عند عبدالرزاق في «المصنف» (١٠ / ٢٥٨ رقم ١٩٠٣٣)، ولكن سقط منه ذكر ابن مسعود، والصواب وجوده؛ كما نبه عليه المعلق.

وانظر: «حلية العلماء» (٦ / ٢٨٣)، «شرح السنة» (٨ / ٣٣٥)، «المحلى» (٩ / ٢٧١)، «المبسوط» (٢٩ / ١٤٢)، «التهذيب في الفرائض» (ص ٢٠٧).

(١) ما قرره المصنف هو الراجح، وهو مذهب الجماهير سلفاً وخلفاً.

(٢) «المعونة» (٣ / ١٦٧١)، «جامع الأمهات» (ص ٥٥١)، «الذخيرة» (١٣ / ٤٢)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣ / ٤٤٢).

(٣) أخرج عبدالرزاق في «المصنف» (١٠ / ٢٥١ / رقم ١٩٠١٢)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٦ / ٢٣٠)؛ عن معبد بن خالد، عن مسروق في ابنتين وبني ابن ذكوراً وإناثاً، قال مسروق: كانت عائشة تشرك بينهم، ثم قال: وكان ابن مسعود يقول: للذكران دون الإناث، والأخوات بمنزلة البنات، ولفظ البيهقي: وكان عبدالله لا يشرك بينهم، يعني: يجعل ما بقي للذكر دون الإناث، وسنده صحيح.

وأخرجه ابن أبي شيبة في «مصنفه» (رقم ١١١٤٣) ضمن خبر، فيه: «وكان عبدالله لا يزيد الأخوات والبنات على الثلثين».

وفي لفظ البيهقي (٦ / ٢٣٠) ضمن خبر، فيه: «وفي قول عبدالله بن مسعود، للابنتين الثلثان، وما بقي للذكر دون الأنثى؛ لأنه لم يكن يزيد البنات على الثلثين».

وذكره عنه البغوي في «شرح السنة» (٨ / ٣٣٥) وابن حزم في «المحلى» (٩ / ٢٦٩، ٢٧١) =

اجتمع بنو ابن وبنات ابن متساوين في الدرجة؛ فوجب إذا ورث الذكور أن يرث الإناث، أصله حال الانفراد، ولأن كل جنس عصب ذكورهم إناثهم في حوز المال؛ فكذلك في بقيته، أصله ولد الصلب، ولأن كل حال ورث ابن الابن فيها بالتعصيب شركه من في درجته من الإناث، أصله إذا كان مع زوج أو أم[١].

مسألة ١٩٥٦

وإن كان مع بنات الابن ذكر أنزل من درجتهن عصبهن[٢]، خلافاً لابن مسعود[٣]؛ لأن أصول المواريث موضوعة على أنه لا يجوز أن يرث الميت من أولاده الأبعد، ويسقط الأقرب، ولأنهما بطنان من الولادة؛ فلم يرث الأسفل وورث الأعلى، أصله ولد الابن مع بنات الصلب[٤].

= ـ وفيه: «وهو قول ابن مسعود وعلقمة وأبي ثور وأبي سفيان» ـ، والسرخسي في «المبسوط» (٢٩ / ١٤٢)، والشاشي في «حلية العلماء» (٦ / ٨٣٨)، والكلوذاني في «التهذيب في الفرائض» (ص ٢٠٦)، ونقله عن علقمة وأبي ثور، وقال: «وكان جمهور العلماء من الصحابة وغيرهم يجعلون الباقي بين الذكور والإناث».

(١) ما قرره المصنف هو الراجح، وبه قال جماهير أهل العلم.
انظر المصادر السابقة، «التحقيقات المرضية» (ص ١٠٩ ـ ١١٠).

(٢) «المعونة» (٣ / ١٦٧٢)، «جامع الأمهات» (ص ٥٥١)، «الذخيرة» (١٣ / ٤٢)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣ / ٤٣٧، ٤٣٨).

(٣) ورد في المسألة السابقة عنه رضي الله عنه ما يدل عليه.
وانظر: «مصنف ابن أبي شيبة» (رقم ١١٤٤٦).
وانظر: «شرح السنة» (٨ / ٣٣٥)، «المحلى» (٩ / ٢٦٩)، «حلية العلماء» (٦ / ٢٨٣)، «التهذيب في الفرائض» (٢٠٦).

(٤) ما قرره المصنف هو مذهب الجمهور.
انظر: «المبسوط» (٢٩ / ١٤١)، «أحكام القرآن» (٢ / ١٠١) للجصاص، «مجمع الأنهر» (٢ / ٣٤١)، «إعلام الموقعين» (١ / ٣١٧)، «تكملة المجموع» (١٧ / ١٥١)، «المغني» (٦ / ١٧١ ـ ١٧٣)، «شرح السراجية» (ص ١٠٩ وما بعد)، «شرح الرحبية» (٧٨ ـ ٧٩، ٨٠)، «أحكام المواريث» (ص ١٥١) للشلبي، «التركات والمواريث» (ص ١٣٧) لأبي زهرة»، «التحقيقات المرضية» (١٠٩، ١٢٥)، «شرح قانون المواريث الجديد» (ص ٥٢)، «الحقوق المتعلقة بالتركة» (ص ٣٣٩ ـ ٣٤٢).

مسألة ١٩٥٧

الأخوات مع البنات عصبة يأخذن ما بقي(١)، خلافاً لابن عباس(٢) في منعه ميراثهن وميراث الأخوة جملة مع البنات؛ لقوله تعالى: ﴿لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ ٱلْوَٰلِدَانِ وَٱلْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَآءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ ٱلْوَٰلِدَانِ وَٱلْأَقْرَبُونَ﴾ [النساء: ٧]؛ فعم، ولحديث أبي موسى وسليمان بن ربيعة لما سألهما السائل عن بنت وبنت وبنت ابن وأخت؛ فقالا: للبنت النصف ولبنت الابن السدس، وما بقي للأخت، [وأت ابن مسعود فاسأله. فأتاه فأخبره فقال: سأقضي فيها بقضاء رسول الله ﷺ: للبنت النصف](٣)، ولأن الأخت مع ابن العم إذا اجتمعا لم يجز أن يخلص الإرث لابن

---

(١) «المعونة» (٣ / ١٦٧٣)، «الكافي» (٥٦٢)، «مواهب الجليل» (٦ / ٤١٠)، «بداية المجتهد» (٢ / ٣٤٤ ـ ٣٤٥)، «جامع الأمهات» (ص ٥٥١)، «الذخيرة» (١٣ / ٥٧)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣ / ٤٣٧)، «تفسير القرطبي» (٦ / ٢٩).

(٢) أخرج عبدالرزاق في «المصنف» (١٠ / ٢٥٥ / رقم ١٩٠٢٣)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (٦ / ٢٣٣)؛ عن أبي سلمة بن عبدالرحمٰن؛ قال: جاء ابن عباس مرة رجل، فقال: رجل توفي وترك بنته وأخته لأبيه وأمه. فقال ابن عباس: لابنته النصف، وليس لأخته شيء، ما بقي هو لعصبته. فقال له الرجل: إن عمر قد قضى بغير ذٰلك، قد جعل للأخت النصف وللبنت النصف. فقال ابن عباس: أنتم أعلم أم الله؟ قال معمر: فلم أدر ما قوله: أنتم أعلم أم الله، حتى لقيت ابن طاوس، فذكرتُ ذٰلك له. فقال ابن طاوس: أخبرني أبي أنه سمع ابن عباس يقول: قال الله تعالى: ﴿إِنِ ٱمْرُؤٌا۟ هَلَكَ لَيْسَ لَهُۥ وَلَدٌ وَلَهُۥٓ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ﴾ [النساء: ١٧٦]، «قال ابن عباس: «فقلتم أنتم: لها النصف، وإن كان له ولد». قال البيهقي: «المراد بالولد هنا الابن، بدليل ما مضى عن النبي ﷺ ثم عمن بعده».
وينظر مذهبه في: «شرح السنة» (٨ / ٣٥٥)، «المبسوط» (٢٩ / ١٥٧)، «حلية العلماء» (٦ / ٢٨٤)، «المغني» (٦ / ١٦٨)، «التحقيق» (٣ / ١٢٩ ـ مع «تنقيح ابن عبدالهادي»)، «تفسير ابن جرير» (٩ / ٤٤٣ ـ ط شاكر) ـ وعزاه إلى ابن زبير أيضاً ـ، «التهذيب في الفرائض» (ص ١٩٩) ـ وفيه: «وبه قال داود» ـ، «موسوعة فقه ابن عباس» (١ / ١٤٥).
ومذهب إسحاق بن راهويه أن الأخوات عصبة مع البنات إذا لم يوجد عصبة ذكر؛ كابن الأخ والعم، أما إن وجد؛ فالباقي له دونهن. انظر: «إعلام الموقعين» (١ / ٣٧١).

(٣) أخرجه البخاري في «صحيحه» (كتاب الفرائض، باب ميراث ابنة ابن مع ابنة، رقم ٦٧٣٦)، وسفيان الثوري في «الفرائض» (رقم ١٦)، وعبدالرزاق (١٩٠٣١، ١٩٠٣٢)، وابن أبي شيبة (١١ =

العم وتسقط الأخت، أصله إذا انفرد[1].

= / ٢٤٥) في «مصنفيهما»، وسعيد بن منصور (رقم ٢٨)، والدارمي (٢ / ٢٥٢)، والترمذي (٢٠٩٣)، وأبو داود (٢٨٩٠)، وابن ماجه (٢٧٢١)، والدارقطني (٤ / ٧٩، ٨٠)، والبيهقي (٦ / ٣٢٩) في «سننهم»، وأحمد (١ / ٤٤٠، ٤٦٣)، والطيالسي (٣٧٥) في «مسنديهما»، وابن حبان (٦٠٠٢ ـ «الإحسان»)، والحاكم (٤ / ٣٣٤)، وابن الجارود (٩٦٢)، وغيرهم.

وما بين المعقوفتين سقط من الأصل، وأثبتناه من المطبوع و(ط).

(١) ما قرره المصنف هو الراجح، وفي الحديث المذكور دلالة ظاهرة على أن الأخت مع البنت عصبة، تأخذ الباقي بعد فرضها، وفرض ابنة الابن، وهٰذا مذهب جمهور العلماء من الصحابة والتابعين ومن بعدهم، وهو مذهب الحنفية.

انظر: «تبيين الحقائق» (٦ / ٢٣٦)، «حاشية ابن عابدين» (٦ / ٧٧٦).

وهو مذهب الشافعية.

انظر: «المجموع» (١٧ / ١٥٩ ـ ١٦٠)، «روضة الطالبين» (٦ / ١٧)، «الحاوي الكبير» (٨ / ١٠٧ ـ ط دار الكتب العلمية).

وهو مذهب الحنابلة.

انظر: «المغني» (٦ / ١٦٨)، «الإنصاف» (٧ / ٣٠٩ ـ ٣١٠)، «منتهى الإرادات» (٢ / ٥١٠ ـ ٥١١)، «كشاف القناع» (٤ / ٤١٩).

وانظر غير مأمور أيضاً: «مجموع فتاوى ابن تيمية» (٣١ / ٣٤٦ ـ ٣٤٩)، «إعلام الموقعين» (١ / ٣٦٤ ـ ٣٧٠)، «تفسير ابن كثير» (١ / ٥٩٣ ـ ٥٩٤)، «نيل الأوطار» (٦ / ٦٢)، «التحقيقات المرضية» (ص ١١٠ ـ ١١٢)، «تفسير ابن جرير» (٩ / ٤٤٣ ـ ٤٤٤ ـ ط شاكر) ـ وفيه: فإن قال قائل: فما وجه قول جل ثناؤه: ﴿إِنِ ٱمْرُؤٌا هَلَكَ لَيْسَ لَهُۥ وَلَدٌ وَلَهُۥٓ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ﴾ [النساء: ١٧٦]، ولقد علمت اتفاق جميع أهل القبلة ما خلا ابن عباس وابن الزبير رحمة الله عليهما على أن الميت لو ترك ابنة وأختاً أن لابنته النصف وما بقي فلأخته إذا كانت أخته لأبيه وأمه أو لأبيه؟ وأين ذٰلك من قوله: ﴿إِنِ ٱمْرُؤٌا هَلَكَ لَيْسَ لَهُۥ وَلَدٌ وَلَهُۥٓ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ﴾، وقد ورثوها النصف مع الولد؟

قيل: إن الأمر في ذٰلك بخلاف ما ذهبت إليه، إنما جعل الله جل ثناؤه بقوله: ﴿إِنِ ٱمْرُؤٌا هَلَكَ لَيْسَ لَهُۥ وَلَدٌ وَلَهُۥٓ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ﴾ [النساء: ١٧٦] إذا لم يكن للميت ولد ذكر ولا أنثى، وكان موروثاً كلالة، النصف من تركته فريضة لها مسماة، فأما إذا كان للميت ولد أنثى؛ فهي معها عصبة يصير لها ما كان يصير للعصبة غيرها، لو لم تكن، وذٰلك غير محدود بحد، ولا مفروض لها فرض سهام أهل الميراث بميراثهم عن ميتهم، ولم يقل الله في كتابه: (فإن كان له ولد فلا شيء لأخته معه)، فيكون لما روى عن ابن عباس وابن الزبير في ذٰلك وجه يوجه إليه، وإنما بين جل ثناؤه مبلغ حقها إذا ورث=

مسألة ١٩٥٨

لا يحجُب عبدٌ ولا كافر[١]، خلافاً لابن مسعود في حَجْبه بهما[٢]، ولأن كل من لا مدخل له في الإرث بحال؛ فلا مدخل له في الحجب، أصله ذو الأرحام، ولا يدخل عليه الأخوة للأم مع الأبوين؛ لأن لهم مدخلاً في الإرث، ولأنه أحد نوعي الحجب؛ كالإسقاط[٣].

مسألة ١٩٥٩

إذاترك ابنيّ عمٍّ أحدهما أخ لأم؛ فللأخ السدس والباقي بينهما[٤]، خلافاً لابن

= الميت كلالة، وترك بيان ما لها من حق إذا لم يورث كلالة في كتابه، وبينه بوحيه على لسان رسوله ﷺ، فجعلها عصبة مع إناث ولد الميت، وذٰلك معنى غير معنى وراثتها الميت، إذا كان موروثاً كلالةً».

(١) «المعونة» (٣ / ١٦٧٥)، «الكافي» (٥٥٩، ٥٦٠)، «جامع الأمهات» (ص ٥٥٧، ٥٥٨)، «الذخيرة» (١٣ / ٤٥، ٥٨).

(٢) أخرج سفيان الثوري في «الفرائض» (رقم ٨، ٤٠)، وابن أبي شيبة (١١ / ٢٧٠، ٢٧٢ / رقم ١١١٩٣، ١١١٩٥، ١١٢٠٠، ١١٢٠١) وعبدالرزاق (١٠ / ٢٧٩ ـ ٢٨١ / رقم ١٩١٠٢، ١٩١٠٣، ١٩١٠٨) في «مصنفيهما»، وسعيد بن منصور (رقم ١٤٨) والدارمي (٢٨٩٧، ٢٨٩٨) والبيهقي (٦ / ٢٢٣) في «سننهم»؛ عن ابن مسعود: أنه كان يحجب بالكفار والمملوكين ولا يورثهم.
ومذهبه في: «شرح السنة» (٨ / ٣٣٥)، «المغني» (٦ / ١٨١)، «المبسوط» (٢٩ / ١٤٨)، «التهذيب في الفرائض» (٢٠٦) ـ وفيه: «وبه قال أبو ثور وداود» ـ.

(٣) كان عمر وعلي وجمهور الصحابة والفقهاء لا يحجبون بهم بحال، واتفقوا أنه لا ميراث لواحد منهم، وهٰذا هو الراجح.
انظر: «سنن الدارمي» (كتاب الفرائض، باب في المملوكين وأهل الكتاب، ١٠ / ٥٦ ـ ٥٩ ـ مع «فتح المنان»)، «مصنف عبدالرزاق» (١٠ / ٢٧٩)، «مختصر المزني» (٣٨)، «سنن البيهقي» (٦ / ٢٢٣)، «شرح السنة» (٨ / ٣٣٥)، «المبسوط» (٢٩ / ١٤٨)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ٤٣٩ / رقم٢١٣٠).

(٤) «التفريع» (٢ / ٣٤٠)، «الرسالة» (٢٥٥)، «الكافي» (٥٦٨)، «المعونة» (٣ / ١٦٨٩)، «الذخيرة» (١٣ / ٥٩).

مسعود في قوله: إن الكل للاخ[1]؛ لأن اختصاص العصبة بسبب يستحق به فرضاً لا يستحق به حجب من يساويه في الدرجة اعتباراً لو كان أحدهما زوجاً[2].

= وصورة المسألة: أن رجلاً تزوج امرأة، فأتت منه بابن ثم تزوج أخرى فأتت منه بآخر، ثم فارق الثانية فتزوّجها أخوه فأتت منه ببنت؛ فهي أخت الثاني لأمه، وابنة عمه، فتزوجت هٰذه البنت الابن الأول وهو ابن عمها، ثم ماتت عن ابني عمها.

(١) أخرج سفيان الثوري في «الفرائض» (٢٤ ـ مختصراً)، والدارمي (٢٨٨٨، ٢٨٨٩) وسعيد بن منصور (رقم ١٢٨) والدارقطني (٤ / ٨٧) في «سننهم»، وسفيان الثوري في «الفرائض» (رقم ٢٤)، وعبدالرزاق (١٠ / ٢٨٧ / رقم ١٩١٣٣) وابن أبي شيبة (١١ / ٢٥٠ / رقم ١١١٣٤)؛ عن الحارث الأعور قال: أتي عبدالله في فريضة بني عم أحدُهم: أخ لأم، فقال: المال أجمع لأخيه لأمه. فأنزله بحساب أو بمنزلة الأخ من الأب والأم، فلما قدم علي سألته عنها، وأخبرتُه بقول عبدالله، فقال: يرحمه الله إنْ كان لفقيهاً، أما أنا؛ فلم أكن لازيده على ما فرض الله له، سهم السدس، ثم يقاسمهم كرجل منهم. أحد لفظي الدارمي.
وعزاه الهيثمي في «المجمع» (٤ / ٢٢٨) للطبراني، وقال: «فيه الحارث الأعور، وهو ضعيف، وقد وثق»، وعلقه البخاري في «صحيحه» (كتاب الفرائض، باب ابني عم، أحدهما أخ لأم والآخر زوج، قبل رقم ٦٧٤٤)، وعزاه ابن حجر في «الفتح» (١٢ / ٢٧) إلى يزيد بن هارون في «الفرائض».
وأخرج سعيد بن منصور (١٢٧) عن عبيد بن عمير؛ قال: أتي ابن مسعود في ابني عم، أحدهما أخ لأم، فقال: المال للأخ من الأم.
وفيه زياد مولى عبيد، ترجمه ابن أبي حاتم (٣ / ٥٥٠) وسكت عنه.
وأخرج ابن أبي شيبة (١١ / ٢٥١) من طريقين عن إبراهيم النخعي، وسعيد بن منصور (١ / ٦٣ ـ ٦٤) والبيهقي (٦ / ٢٤٠) في «سننهما» عن الشعبي بنحوه.
وهٰذه الطرق يشدُّ بعضها بعضاً.
ومذهبه في: «المغني» (٦ / ١٨٩)، «حلية العلماء» (٦ / ٢٩٧).

(٢) لم يختلفوا في أخوين لأم أحدهما ابن عم أن لهما الثلث بنسب الأم وما بقي فلابن العم خاصة، ولم يجعلوا ابن العم أحق بجميع الميراث لاجتماع السهم والتسمية له دون الآخر، كذٰلك حكم ابني العم إذا كان أحدهما أخاً لأم، فغير جائز أن يجعل أولى بالميراث من أجل اختصاصه بالسهم والتعصيب، وشبه عمر وعبدالله ذٰلك بالأخ لأب وأم وأخ لأب أنه أولى بالميراث، وليس هٰذا عند الآخرين مشبهاً لهٰذه المسألة من قبل أن نسبهما من جهة واحدة، وهي الإخوة؛ فاعتبر فيها أقربهما إليه وهو الذي اجتمع له قرابة الأب والأم، ولا يستحق بقرابته من الأم سهم الأخ من الأم، بل إنما =

مسألة ١٩٦٠

الإخوة والأخوات للأب والأم أو للأب يرثون مع الجد[1]، خلافاً لأبي

= يؤكد ذلك حكم الإخوة وليس كذلك ابنا العم إذا كان أحدهما أخاً لأم لأنك تريد أن تؤكد بالإخوة من جهة الأم ما ليس بإخوة، وإنما هو سبب آخر غيرها؛ فلم يجز أن تؤكده بها، ويدلك على هذا أن نسبته من جهة أنه ابن العم لا يسقط سهمه من جهة أنه أخ لأم بل يرث بأنه أخ لأم سهم الأخ من الأم وإن كان ابن عم، ألا ترى أن الميتة لو تركت أختين لأب وأم وزوجاً وأخاً لأم هو ابن عم: أن للأختين الثلثين وللزوج النصف، وللأخ من الأم السدس، ولم يسقط سهمه من جهة أنه ابن عم، ولو تركت زوجاً وأماً وأختاً لأم وإخوة لأب وأم؛ كان للزوج النصف، وللأم السدس، وللأخت من الأم السدس، وما بقي؛ فللإخوة من الأب والأم، ولم يستحق الإخوة من الأب والأم سهم الإخوة من الأم، لمشاركتهم للأخ من الأم في نسبها، بل إنما استحقوا بالتعصيب فكانت قرابتهم بالأب والأم مؤكدة لتعصيبهم؛ فلا يستحقون بها أن يكونوا من ذوي السهام وقرابة ابن العم بنسبه من جهة الأم لا تخرجه من أن يكون من ذوي السهام فيما يستحقه من سهم الأخ من الأم، وليس لهذا تأثير في تأكيد التعصيب لأنه لو كان كذلك لوجب أن لا يستحق إلا بالتعصيب، كما لا يأخذ الإخوة من الأب والأم إلا بالتعصيب، ولا يأخذون بقرابتهم من الأم سهم الإخوة من الأم، والله أعلم. أفاده الجصاص.

وهذا مذهب الجماهير.

انظر: «نهاية الهداية» (١ / ٣٢٧)، «فتح الباري» (١٢ / ٢٧).

(١) «الموطأ» (٢ / ٥٠٦)، «التفريع» (٢ / ٣٤٢)، «المعونة» (٣ / ١٦٨١)، «الرسالة» (٢٥٣)، «الكافي» (٥٦٣)، «أسهل المدارك» (٣ / ٣٠١)، «التاج والإكليل» (٦ / ٤١٣)، «مواهب الجليل» (٦ / ٤١٢)، «بداية المجتهد» (٢ / ٣٤٦ ـ ٣٤٨)، «جامع الأمهات» (ص ٥٥٠)، «الذخيرة» (١٣ / ٤٩)، «بلغة السالك» (٢ / ٤٤٩)، «الخرشي» (٨ / ٢٠٢)، «حاشية الدسوقي» (٤ / ٤١١).

وهذا مذهب علي ـ كما في المسألة الآتية ـ وابن مسعود وزيد بن ثابت، وهو قول الشعبي والنخعي والمغيرة بن مقسم وابن أبي ليلى وابن شبرمة والحسن بن صالح والزهري والأوزاعي والثوري وأبو يوسف ومحمد من الحنفية وأبي عبيد وأحمد.

انظر: «الفرائض» (ص ٣١ ـ ٣٢) لسفيان الثوري، «مصنف عبدالرزاق» (١٠ / ٢٦٨)، «مصنف ابن أبي شيبة» (٦ / ٢٦٠)، «سنن الدارمي» (٢ / ٣٥٤)، «الرسالة» (٥٩١) للشافعي، «اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى» (٨٤)، «فتح الباري» (١٢ / ٢١)، «المحلى» (٩ / ٢٨٥)، «العذب الفائض» (١ / ١٠٦)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ٤٦١)، «المجموع» (١٧ / ١٨١)، «روضة الطالبين» (٦ / ٢٣)، «الحاوي الكبير» (٨ / ١٢٥ ـ ط دار الكتب العلمية)، «مغني المحتاج» (٣ / =

حنيفة[١]؛ لأن الأخ ذكر يعصب أخته؛ فلم يسقطه الجد؛ كالبنت، ولأن تعصيب الأخ أقوى من تعصيب الجد لأنه تعصيب بنوة وتعصيب الجد تعصيب أبوة، ولأنه يعصب أخته، بخلاف الجد فامتنع مع قوة تعصيبه عليه أن يسقط به، ولأن الأخت أنثى فرضها النصف إذا انفردت لم يسقطها الجد؛ كالابنة، ولأن الأخ والجد يدليان بشخص وهو الأب؛ فلم يحجب أحدهما الآخر؛ كابني الابن والأخوين[٢].

= ٢١)، «المغني» (٩ / ٦٦ ـ ٦٩)، «الإنصاف» (٧ / ٣٠٥)، «منتهى الإرادات» (٢ / ٥٠٢ ـ ٥٠٣)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ١٢٧)، «كشاف القناع» (٤ / ٤٠٨)، «الهداية» (٢ / ١٦٧)، «التهذيب في الفرائض» (٩٧ ـ ٩٩)، «نهاية الهداية» (١ / ٣٥١) ـ وفيه: «هٰذا الباب خطير جداً، ومن ثم كانت الصحابة رضي الله عنهم تتوقى الكلام فيه جداً؛ لأخبار تدل على ذٰلك» ـ، «حاشية البقري على الرحبية» (٩٨)، «الفوائد الشنشورية» (ص ١٣٠)، «التحقيقات المرضية» (١٣٣).

(١) «مختصر الطحاوي» (١٤٧)، «اللباب» (٤ / ١٩٩)، «المبسوط» (٢٩ / ١٨٠، ١٨٣)، «الاختيار» (٥ / ١٠١)، «تبيين الحقائق» (٦ / ٢٣٠)، «الأشباه والنظائر» (٢٩٨)، «حاشية ابن عابدين» (٦ / ٧٨١)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ٤٦١ / رقم ٢١٤٣)، «شرح السراجية» (٧٨).
وإلى هٰذا ذهب الحسن وعطاء وطاوس وجابر بن زيد وقتادة وابن سيرين وعثمان البتي والمزني وداود.
انظر: «المحلى» (٩ / ٢٨٨)، «فتح الباري» (١٢ / ١٨ ـ ٢٠)، «المبسوط» (٢٩ / ١٧٩)، «العذب الفائض» (١ / ١٠٥)، «حاشية البقري على الرحبية» (٩٧)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ٤٦١).
وروي هٰذا عن أبي بكر الصديق وأبي بن كعب ومعاذ بن جبل وعبدالله بن عباس وعائشة وأبي هريرة وأبي الدرداء وأبي الطفيل وأبي موسى وعمران بن حصين وجابر بن عبدالله وعبادة بن الصامت وابن الزبير.
انظر: «مصنف عبدالرزاق» (١٠ / ٢٦٣ ـ ٢٦٤)، «مصنف ابن أبي شيبة» (٦ / ٢٥٨ أو ١١ / ٢٨٨ ـ ط الهندية)، «سنن الدارمي» (٢ / ٣٥٢ ـ ٣٥٣ أو ١٠ / ٦٤ وما بعد ـ مع «فتح المنان»)، «سنن البيهقي» (٦ / ٢٤٦)، «المحلى» (٩ / ٢٨٨)، «فتح الباري»(١٢ / ١٨ ـ ٢٠)، «المبسوط» (٢٩ / ١٧٩)، «كشاف القناع» (٤ / ٤٠٩).

(٢) الراجح القول بإسقاط الاخوة بالجد، وهو «الموافق لظاهر الكتاب والسنة والموافق لمواقع الإجماع في غير هٰذه المسألة، والموافق للمعاني الصحيحة، وهو قول منضبط لا تناقض فيه ولا غموض ولا إشكال». قاله الشيخ السعدي في «فتاويه» (ص ٤٨٠).
وبيان ذٰلك من وجهين:

مسألة ١٩٦١

إذا كان إخوةٌ فقط مع جد بغير أخوات؛ فإنه يقاسمهم ما لم تنقصه المقاسمة عن الثلث[(١)]، والظاهر عن علي رضوان الله عليه أنه ما لم تنقصه عن السدس[(٢)]،

= الوجه الأول: قوة أدلته وكثرة من أخذ به من الصحابة؛ «فجمهور الصحابة موافقون للصديق في أن الجد كالأب يحجب الأخوة، وهو مروي عن بضعة عشر من الصحابة». قاله ابن تيمية في «مجموع الفتاوى» (٣١ / ٣٤٢)، قال البخاري في «صحيحه» (ولم يذكر أن أحداً خالف أبا بكر في زمانه وأصحاب النبي ﷺ متوافرون): «والقرآن يدل لقول الصديق ومن معه من الصحابة ووجه ذٰلك قوله تعالى: ﴿يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ ٱللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِى ٱلْكَلَٰلَةِ ۚ إِنِ ٱمْرُؤٌا۟ هَلَكَ لَيْسَ لَهُۥ وَلَدٌ وَلَهُۥٓ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ ۚ وَهُوَ يَرِثُهَآ إِن لَّمْ يَكُن لَّهَا وَلَدٌ ۚ فَإِن كَانَتَا ٱثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا ٱلثُّلُثَانِ مِمَّا تَرَكَ ۚ وَإِن كَانُوٓا۟ إِخْوَةً رِّجَالًا وَنِسَآءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ﴾ [النساء: ١٧٦]، والمراد بالأخوة هنا الأخوة لغير أم؛ لأن الأخوة لأم ذكر الله سبحانه ميراثهم في آية أخرى وهي قوله: ﴿وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَٰلَةً أَوِ ٱمْرَأَةٌ وَلَهُۥٓ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ ۚ فَإِن كَانُوٓا۟ أَكْثَرَ مِن ذَٰلِكَ فَهُمْ شُرَكَآءُ فِى ٱلثُّلُثِ﴾ [النساء: ١٢]، وفي قراءة ابن مسعود: (أخ وأخت من أم)؛ فلم يجعل سبحانه للأخوة مطلقاً ميراثاً إلا في الكلالة، وإذا رجعنا إلى تفسير الكلالة وجدنا الصحيح فيه قول الصديق أنها من لا ولد له ولا والد ـ والجد والد. ولهٰذا لا يرث معه الأخوة لأم لعدم تحقق الكلالة مع وجوده ـ؛ فكيف يتحقق وجود الكلالة مع وجود الجد بالنسبة للاخوة لغير أم ولا يتحقق بالنسبة للاخوة لأم، وهل هٰذا إلا تفريق بين ما جمع الله؟! انظر: «إعلام الموقعين» (١ / ٣٧٤).

الوجه الثاني: مما يرجح مذهب المسقطين للاخوة مع الجد سلامته من التناقض عند التطبيق بخلاف قول المورثين لهم معه؛ فإنه متناقض عند التطبيق تناقضاً عظيماً، وذٰلك من وجوه كثيرة. انظرها عند ابن القيم في: «الإعلام» (١ / ٣٧٤).

أفاد ما تقدم الشيخ الفوزان حفظه الله في كتابه الماتع النافع «التحقيقات المرضية» (ص ١٣٨ ـ ١٣٩).

(١) «قوانين الأحكام» (٣٣٢، ٣٣٥)، «الموافقات» (٥ / ١٦٠ ـ ١٦٢)، «مراجع المسألة السابقة.

(٢) أخرج ابن أبي شيبة في «المصنف» (١١ / ٢٩٣) والدارمي (٢٩١٧، ٢٩١٨) والبيهقي (٦ / ٢٤٩) في «سننهما»، والطحاوي في «اختلاف العلماء» (٤ / ٤٦٢ ـ مختصره)، وابن حجر في «تغليق التعليق» (٥ / ٢١٩، ٢٢١)؛ من طرق عن الشعبي قال: كتب ابن عباس إلى عليّ، وابن عباس بالبصرة: إني أتيتُ بجد وستة إخوة، فكتب إليه علي: أن أعطِ الجدّ سُبُعاً، ولا تعطه أحداً بعده. وإسناده قوي.

وفي مطبوع «سنن الدارمي»: «سدساً» بدل «سبعاً»، وهو خطأ، وصوابه ما في المصادر الأخرى، =

وروي عنه رواية أخرى شاذة أنه يقاسمهم إلى نصف السدس[(١)].

فدليلنا أن كل حجب انحصر بعدد استوى فيه الاثنان والثلاثة، أصله حجب الأم عن الثلث إلى السدس، ولأن كل فرض تغير بعدد وجب أن يستوي فيه الاثنان فما فوقهما، أصله فرض الأخت للأب وبنت الابن، ولأن الجدة قائمة مقام الأم كقيام الجد مقام الأب ثم قد ثبت أن الجدة لا تنقص عن نصف نصيب الأب إذا انفرد، وهو الثلثان[(٢)].

مسألة ١٩٦٢

الجد يقاسم الأخوات وإن انفردن عن الاخوة[(٣)]، خلافاً لما ذهب إليه علي[(٤)]

= وهو على الجادة في «سنن الدارمي» (١٠ / ٧٦ ـ مع «فتح المنان»).
وأخرج يزيد بن هارون في «الفرائض» عن الشعبي؛ قال: كان علي يشرك بين الجد والإخوة إلى السدس، يجعله كأحدهم، أفاده ابن حجر في «التغليق» (٥ / ٢٢٠).
وأخرج ابن أبي شيبة في «المصنف» (١١ / ٢٩٣ / رقم ١١٢٦٧)، والدارمي (٢٩١٩، ١٩٢١) والبيهقي (٦ / ٢٤٩) في «سننهما»؛ عن عبدالله بن سَليمة أن علياً كان يجعل الجد أخاً حتى يكون سادساً.
وإسناده ضعيف.
وله طرق أخرى عن علي انظرها في: «سنن الدارمي» (٢١٢٠، ٢١٢٢)، «مصنف عبدالرزاق» (١٠ / ٢٦٨)، «مصنف ابن أبي شيبة» (١١ / ٢٩٢، ٢٩٥، ٢٩٨ ـ ٢٩٩)، «سنن سعيد بن منصور» (١ / ٥٣)، «سنن البيهقي» (٦ / ٢٤٩)، «تغليق التعليق» (٥ / ٢٢٠).

(١) «حلية العلماء» (٦ / ٣٠٥)، «موسوعة فقه علي» (٥٣ ـ ٥٥).

(٢) انظر آخر تعليق على المسألة السابقة.

(٣) «المعونة» (٣/ ١٦٨٣)، «الذخيرة» (١٣ / ٦١)، مراجع المسألة السابقة.

(٤) أخرج سعيد بن منصور في «سننه» (٦٥) عن إبراهيم عن علي في زوج وأم وأخت لأب وأم وجد؛ قال: قال فيها علي: للزوج ثلاثة أسهم، وللأم سهمان، وللجد سهم، وللأخت ثلاثة أسهم. وقال ابن مسعود: للزوج ثلاثة أسهم، وللأم سهم، وللجد سهم، وللأخت ثلاثة أسهم.
وورد هٰذا أيضاً في أثر طويل عن الشعبي، فيه: «وفي أختين لأب وأم، وأخت لأب وجد، في قول علي وعبدالله: للأختين للأب والأم الثلثان، وما بقي للجد، وليس للأخت في الأب شيء».
أخرجه ابن أبي شيبة (٦ / ٢٦٣ أو رقم ١٣٠٨ ـ ط الهندية).

وابن مسعود[1] رضي الله عنهما من منع ذٰلك؛ لأن كل شخص قاسم ذكراً من أهل

= ونحوه عند عبدالرزاق في «المصنف» (٩ / ٢٦٨ / رقم ١٩٠٦٤، ١٩٠٦٦)، والدارمي (١٠ / ٧٨ ـ ٧٩ / رقم ٣١٠٢ ـ مع «فتح المنان»)، والبيهقي (٦ / ٢٥٠) في «سننهما» عن الشعبي وإبراهيم، وفي أسانيدها ضعف.

(١) أخرج عبدالرزاق في «المصنف» (١٠ / ٢٦٨ / رقم ١٩٠٦٥) عن إبراهيم؛ قال: إن ابن مسعود شرّك الجد إلى ثلاثة إخوة، فإذا كانوا أكثر من ذٰلك أعطاه الثلث، فإن كن أخوات أعطاهن الفريضة وما بقي للجد.

وأخرجه سعيد بن منصور في «سننه» (رقم ٦٤) بلفظ: «يقاسم الجد الإخوة ما لم ينقص من الثلث، فإذا اجتمع الاخوة أعطى الجد الثلث، وأعطى الاخوة ما بقي، وكان يورث الجد مع ابنِ السدس».

وإسناده صحيح إلى إبراهيم، وهو لم يلق أحداً من الصحابة.

وأخرج سفيان الثوري في «الفرائض» (رقم ٢٥) عن إبراهيم قال: إن عمر وعبدالله وزيداً شركوا جميعاً (يعني في الجد).

وانظر الهامش السابق و: «سنن سعيد» (رقم ٦٧)، «مصنف ابن أبي شيبة» (٦ / ٢٦١)، «المحلى» (٩ / ٢٩٠)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ٤٦٥).

وانظر: «حلية العلماء» (٦ / ٢٠٦)، «المغني» (٦ / ٢١٧).

(تنبيه): مذهب علي وابن مسعود ومن تابعهما: يفرضون للأخوات فروضهن، ويجعلون الباقي للجد؛ إلا أن يكون ذٰلك أقل من السدس، فيفرضون له السدس، ويعيلون المسألة، وإنما يقع ذٰلك إذا كان مع الأخوات ذو فرض.

وهٰذا خلاف ما ذهب إليه الجمهور، وهو مذهب زيد؛ فإنه يجعله معهن كالأخ، فيقاسمهن به؛ إلا أن تنقصه المقاسمة من الثلث، فيفرض له الثلث، فإن كان معهم ذو فرض أعطاه فرضه وقاسمهن به؛ إلا أن يكون ثلث الباقي أو سدس جميع المال أوفر له من المقاسمة بعد الفرض، فيفرض له الأوفر بكل حال، ويجعل الباقي للأخوات، ولا يفرض زيد للأخوات مع الجد إلا في مسألة (الأكدرية).

وهٰذه أمثلة تبين مذهب زيد من جهة، ومذهب علي وابن مسعود من جهة خرى:

أخت وجد: في قول علي وعبدالله: للأخت النصف، والباقي للجد.

وفي قول زيد: المال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين على ثلاثة.

أختان وجد: للأختين الثلثان، والباقي للجد، في قول علي وعبدالله: أصلها من ثلاثة ومنها تصح.

وفي قول زيد: المال بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين على أربعة.

أربع أخوات وجد: لهن الثلثان والباقي للجد، في قول علي وعبدالله، وفي قول زيد: للجد الثلث، =

= والباقي للأخوات.

وتصح على قول الجميع من ستة: للجد سهمان، ولكل أخت سهم.

زوج وأخت وجد: في قول علي وعبدالله: للزوج النصف وللإخت النصف وللجد السدس، أصلها من ستة، وتعول إلى سبعة.

وفي قول زيد: للزوج النصف والباقي بين الأخت والجد، للذكر مثل حظ الأنثيين، على ثلاثة لا تصح، فتضربها في أصل المسألة، وهي اثنان يكون ستة، للزوج ثلاثة وللجد سهمان وللأخت سهم.

زوج وخمس أخوات وجد: في قول علي وعبدالله: للزوج النصف وللأخوات الثلثان وللجد السدس، أصلها من ستة، وتعول إلى ثمانية: للزوج ثلاثة وللجد سهم وللأخوات أربعة لا تصح، فتضرب عددهن وهو خمسة في المسألة وهي ثمانية تكون أربعين، ومنها تصح.

وفي قول زيد: للزوج النصف وللجد ثلث الباقي، والباقي للأخوات أصلها من ستة، للزوج ثلاثة وللجد ثلث الباقي (سهم) وللأخوات سهمان، لا يصح فتضرب عددهن في المسألة، يكن ثلاثين ومنها تصح، للزوج خمسة عشر وللجد خمسة، ولكل أخت سهمان.

امرأة وأخت وجد: في قول أبي بكر ومن تابعه: للمرأة الربع والباقي للجد، وفي قول علي وعبدالله: للمرأة الربع وللأخت النصف والباقي للجد.

وفي قول زيد: للمرأة الربع والباقي بين الأخت والجد، للذكر مثل حظ الأنثيين، وتسمى المربعة؛ لأنها تصح على الأقوال كلها من أربعة.

امرأة وخمس أخوات وجد: في قول علي وعبدالله: للمرأة الربع وللأخوات الثلثان وللجد السدس، أصلها من اثني عشر، وتعول إلى ثلاثة عشر: للمرأة ثلاثة، وللجد سهمان، وللأخوات ثمانية، لا يصح عليهن فاضرب عددهن في ثلاثة عشر تكن خمسة وستين، ومنها تصح.

وفي قول زيد: للمرأة الربع وللجد ثلث الباقي، والباقي للأخوات، أصلها من أربعة للمرأة سهم وللجد سهم وللأخوات سهمان، لا يصح عليهن، فاضرب عددهن في المسألة تكن عشرين: للمرأة خمسة وللجد خمسة ولكل أخت سهمان.

جدة وأختان وجد: في قول علي وعبدالله: للجدة السدس وللأختين الثلثان والباقي للجد، أصلها من ستة، ومنها تصح.

وفي قول زيد: للجدة السدس، وما بقي بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين، لا يصح فتضرب أربعة في ستة تكن أربعة وعشرين، للجدة أربعة أسهم، وللجد عشرة ولكل أخت خمسة.

زوج وجدتان وعشر أخوات وجد: في قول علي وعبدالله: للزوج النصف وللجدتين السدس وللأخوات الثلثان وللجد السدس، أصلها من ستة وتعول إلى تسعة، للزوج ثلاثة وللجد سهم

المواريث في الأخذ بالتعصيب وجب أن يقاسم الأنثى التي في درجته، أصله الأخ للأب والأم والابن.

مسألة ١٩٦٣

وفي بنت وأخت وجد يكون للبنت النصف وما بقي بين الجد والأخت[١]، ﴿لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ﴾ [النساء: ١١]، ويراعى فيه ما يراعى للجد مع ذوي السهام من السدس أو المقاسمة أو ثلث ما بقي، فيكون له الأحظّ من ذلك.

وذكر عن علي رضوان الله عليه أن للبنت النصف وللجد السدس وما بقي للأخت[٢].

ودليلنا أنه قد ثبت قوة الأخ على الأخت ثم للجد أن يقاسم الأخ لو كان في هذا الموضع، فكان بأن يقاسم الأخت أولى، ولأن كون الأخت عصبة لا يوجب إعطاء الجد السدس به لأن الجد أيضاً عصبة وكل عصبة قاسم ذكراً من أهل الميراث؛ فإنه يقاسم كل أنثى في درجته كالأخت والأخوات.

مسألة ١٩٦٤

إذا كان مع الإخوة والأخوات للأب والأم إخوة أو أخوات لأب؛ فإنهم

= وللجدتين سهم، لا تصح، وللأخوات أربعة لا تصح، وتوافق عددهن بالأنصاف فترجع إلى خمسة فتضربها في عدد الجدات تكن عشرة ثم في المسألة وعولها تكن تسعين ومنها تصح.

وفي قول زيد: أصلها من ستة للزوج النصف ثلاثة وللجد السدس سهم وللجدتين السدس سهم وللأخوات ما بقي سهم، لا يصح عليهن، ويدخل عدد الجدات في الأخوات فتضرب عشرة في المسألة تكن ستين للزوج ثلاثون وللجد عشرة ولكل جدة خمسة ولكل أخت سهم.

(١) «المعونة» (٣/ ١٦٧٩)، «جامع الأمهات» (ص ٥٥٠)، «الذخيرة» (١٣ / ٦٥).

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في «المصنف» (رقم ١١٣٠٠)، والبيهقي (٦ / ٢٥٠)؛ عن إبراهيم والشعبي، به.

وانظر: «حلية العلماء» (٦ / ٣٠٦)، «التهذيب في الفرائض» (ص ٩٧) ـ وفيه: «وإلى قول علي في جميع باب الجد ذهب الشعبي والنخعي والمغيرة بن مقسم وابن أبي ليلى وابن شبرمة والحسن بن صالح» ـ، «موسوعة فقه علي» (٥٣).

يعادون الجد بهم في المقاسمة، ثم يرجع ولد الأب والأم على ولد الأب، فيأخذون تمام حقوقهم فإن فضل شيء كان لهم وإن لم يفضل شيء؛ فلا شيء لهم[١].

وذكر عن علي وابن مسعود[٢] رضي الله عنهما منع المعادة.

فدليلنا أن الجد له ولاية، فإذا جاز حجبه بأخوين وارثين جاز حجبه بأخوين أحدهما وارث والآخر غير وارث، أصله الأم، ولأن كل أخ حجب شخصاً فيه ولادة إذا كان وارثاً، فإنه يحجبه وإن لم يكن وارثاً، أصله الأخوة مع الأبوين يحجبون الأم، وإن لم يرثوا كما يحجبونها إذا ورثوا، ولأنه إذا جاز أن يحجب أخوان لا يرثان شخصاً فيه ولادة؛ فلأن يحجب شخصان أحدهما وارث والآخر غير وارث أولى.

مسألة ١٩٦٥

التشريك بين ولد الأب والأم وولد الأم في زوج وأم وأخت لأب وأم وأخت لأم ثابت[٣]، خلافاً لمن

---

(١) «المعونة» (٣/ ١٦٨٣)، «جامع الأمهات» (ص ٥٥٠)، «الذخيرة» (١٣ / ٤٩).

(٢) أخرج ابن أبي شيبة في «المصنف» (رقم ١١٣٠٨) عن الشعبي في أخت لأب وأم، وأخ وأخت لأب وجد، في قول علي: للأخت من الأب والأم النصف، وما بقي فما بين الجد والأخت والأخ من الأب على الأخماس: للجد خمسان، وللأخت خمس، وفي قول عبدالله: للأخت من الأب والأم النصف، وللجد ما بقي، وليس للأخ والأخت من الأب شيء».
وبنحوه عند البيهقي (٦ / ٢٥١).
وانظر: «المغني» (٦ / ٢١٧)، «المحلى» (٩ / ٢٩٠)، «حلية العلماء» (٦ / ٣١٠)، «موسوعة فقه علي» (٥٦)، «نوادر الفقهاء» (١٤١)، «موسوعة فقه ابن مسعود» (٥٤).

(٣) «المعونة» (٣ / ١٦٨٦)، «قوانين الأحكام» (٣٣٧)، «مواهب الجليل» (٦ / ٤١٣)، «جامع الأمهات» (ص ٥٥٠)، «الشرح الكبير» (٤ / ٤١٥)، «جواهر الإكليل» (٢ / ٣٣١).
وهذا مذهب الشافعية على المشهور.
انظر: «مختصر المزني» (١٤٠)، «روضة الطالبين» (٦ / ١٤ ـ ١٥)، «مغني المحتاج» (٣ / ١٧)، «حاشية البجيرمي على المنهاج» (٣ / ٢٥٥)، «تكملة المجموع» (١٧ / ١٦٥)، «حاشيتا قليوبي وعميرة» (٣ / ١٤٤)، «نهاية الهداية» (١ / ٢٥٢ و٢ / ٢٧٧)، «شرح الرحبية» (٨٦ ـ ٨٧)، «سنن البيهقي» (٦ / ٢٥٥).

منعه[١]؛ لقول الله تعالى: ﴿لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ ٱلْوَٰلِدَانِ وَٱلْأَقْرَبُونَ﴾ [النساء ٧]، ولأن المعنى الذي استحق به ولد الأم الثلث هو ولادة الأم، وهٰذا يساويهم فيه ولد الأب والأم؛ فوجب أن يشاركهم فيما يستحقونه، ولأن الأخ للأب والأم له تعصيب بالأب ورحم بالأم كل واحد من هٰذين السببين يوجب الوراثة إذا انفرد، ووجدنا من حصل له هٰذان السببان إذا سقط تعصيبه في موضع صار حكمه حكم المنفرد برحمه في استحقاق الإرث به، ألا ترى أن ابني العم إذا كان أحدهما أخاً من أم فإن تعصيب ابن العم يسقط ويصير الأخ للأم كالمنفرد برحمه ويستحق المشاركة به، ولأن ولد الأب والأم قد ساووا ولد الأم في قرابة الأم وزادوا عليهم بقرابة الأب؛ فكانوا بذٰلك أقوى، وكان النظر يقتضي إسقاطهم بهم لولا الإجماع، وهٰذا فائدة قول عمر رضي الله عنه: «لم يزدهم الأب إلا قربى»[٢]، فإذا كان كذٰلك امتنع أن يسقطوا بهم، ولأن الأخ للأب والأم جمع تعصيباً ورحماً، والأخ للأم ينفرد بالرحم؛ فكان الأخ للأب

---

(١) وهو قول علي رضي الله عنه، ومذهب أبي حنيفة وأحمد بن حنبل وابن تيمية وتلميذه ابن القيم.
وانظر: «المبسوط» (٢٩ / ١٦٤)، «الاختيار» (٤ / ١٧٥)، «تبيين الحقائق» (٦ / ٢٣٠)، «أحكام القرآن» (٢ / ٩١)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ٤٦٠ / رقم ٢١٤٢)؛ كلاهما للجصاص، «الدر المختار» (٦ / ٧٨٥ ـ ٧٨٦)، «المغني» (٧ / ٢١ ـ ٢٣)، «الإقناع» (٣ / ٩١)، «الإنصاف» (٧ / ٣٠٥)، «منتهى الإرادات» (٢ / ٥٠٢)، «مجموع فتاوى ابن تيمية» (٣١ / ٣٣٩ ـ ٣٤٢)، «إعلام الموقعين» (١ / ٣٥٥ ـ ٣٥٦)، «تيسير الجامع للاختيارات الفقهية» (٢ / ٨٩٣ ـ فما بعد).

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة (١١ / ٢٥٥) وعبدالرزاق (١٠ / ٢٥١) في «مصنفيهما»، والدارمي (٢٨٨٢) وسعيد بن منصور (رقم ٢٠، ٢١) والبيهقي (٦ / ٢٥٦) في «سننهم»، وسفيان الثوري في «الفرائض» (رقم ٢٢)؛ بسندٍ صحيح عن إبراهيم: أن عُمر وزيداً وابن مسعود كانوا يشركون في زوج وأم وإخوة لأم وأب وأخوات لأم، يشركون بين الإخوة من الأب والأم مع الأخوة للأم في سهم، وكانوا يقولون: لم يزدهم الأب إلا قرباً، ويجعلون ذكورهم وإناثهم فيه سواء.
وإسناده فيه انقطاع.
إبراهيم النخعي لم يدرك الصحابة المذكورين رضي الله عنهم.
ولٰكن ورد عن عمر من طريق آخر.
انظر: «مستدرك الحاكم» (٤ / ٣٧٧)، «سنن الدارقطني» (٤ / ٨٨)، «التلخيص الحبير» (٣ / ٩٨ ـ ١٠٠).

والأم مع الأخ للأم كالأب مع الأم، وقد ثبت أن الأب إذا اجتمع مع الأم ولا مانع من تعصيبه؛ فإنه يرث بالتعصيب، وإن كان هناك مانع من تعصيبه ورث بالرحم؛ فكذلك سبيل الأخ للأب والأم مع الأخ للأم(١).

---

(١) إن القول بعدم التشريك هو مقتضى القياس، والقول بالتشريك من باب الاستحسان كما يقولون، والقياس مقدم على الاستحسان، ولا نعني بالقياس هنا القياس الأصولي الذي هو إلحاق فرع بأصل في الحكم لجامع بينهما، وإنما نعني به موافقة الأصول والقواعد الشرعية في الفرائض وانطلاقاً من هذا نقول: إن الراجح في هذه المسألة هو القول بعدم التشريك، وذلك لوجوه:

الوجه الأول: أن الله سبحانه أعطى الأخوة لأم الثلث بقوله: ﴿وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَٰلَةً أَوِ ٱمْرَأَةٌ وَلَهُۥٓ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ ۚ فَإِن كَانُوٓا۟ أَكْثَرَ مِن ذَٰلِكَ فَهُمْ شُرَكَآءُ فِى ٱلثُّلُثِ﴾ [النساء: ١٢]، فلو أدخلنا معهم ولد الأبوين لم يكونوا وحدهم شركاء في الثلث بل يزاحمهم فيه غيرهم.

الوجه الثاني: أن الله تعالى ذكر حكم ولد الأم في آية الكلالة التي في أول سورة النساء وذكر حكم ولد الأبوين أو الأب في آية الكلالة التي في آخرها مما يدل على أن كلاً من الصنفين غير الآخر فيختص كل منهما بما خصه الله به، وهذامما يرد به على قول الذين خلطوا بينهم فجعلوهم صنفاً واحداً وشركوا بينهم في الميراث بحجة أن أمهم واحدة؛ فهو جمع بين ما فرق الله؛ فإن الله سبحانه حكم في ولد الأبوين، بخلاف حكمه في ولد الأم.

الوجه الثالث: أن ولد الأم من أصحاب الفروض المقدرة وولد الأبوين من العصبات، وقد قال ﷺ: «الحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فلأولى رجل ذكر»، وفي هذه المسألة لم تبق الفرائض شيئاً؛ فلا شيء للعصبة بالنص، وهذا مجرى العصبة؛ فإنهم تارة يحوزون المال كله، وتارة يحوزون أكثره، وتارة يحوزون أقله، وتارة لا يبقى لهم شيء إذا استغرقت الفروض المال كما هنا، فمن جعل العصبة تأخذ مع استغراق الفرائض المال فقد خرج عن الأصول المنصوصة في الفرائض.

انظر: «مجموع فتاوى ابن تيمية» (٣١ / ٣٣٩ ـ ٤٤٠)، «إعلام الموقعين» (١ / ٣٥٥ ـ ٣٥٦).

وأما الإجابة عن وجهة نظر القائلين بالتشريك وما ذكره المصنف، فيرد عليه ما يلي:

أولاً: أما قياسهم الشقيق على ابن العم الذي هو أخ لأم في الحكم بجامع أن كلاً منهما له قرابتان قرابة أمومة وقرابة عصوبة، وابن العم هذا إذا سقط حظه بالعصوبة ورث بقرابة الأمومة؛ فيكون الشقيق مثله في هذه المسألة، فنجيب عنه بأنه قياس مع الفارق، ذلك أن القرابتين في ابن العم المذكور منفردة كل منهما عن الأخرى؛ فالأخوة من الأم مستقلة عن بنوة العم، ولكل واحدة منهما حكم مستقل؛ فيجوز أن تفرق في حقه الأحكام، فيعطى السدس فرضاً بقرابة الأم والباقي تعصباً بقرابة الأب، بخلاف الحال في الأخوة الأشقاء، فإنه لا استقلال لكل من الجهتين عن الأخرى.

مسألة ١٩٦٦

لا تـــرث جـــدة مـــع ابنهـــا[(١)]، خـــلافـــاً لابـــن

= ثانياً: وأما قياسهم حالة الشقيق مع الأخ لأم على حالة الأب مع الأم بجامع أن كلاً منهما يشترك مع الآخر في موجب الإرث؛ فكما لم يجز أن تورث الأم ويسقط الأب؛ فكذلك لا يجوز أن يورث الأخ لأم ويسقط الأخ لأبوين؛ فالجواب عنه: إنه أيضاً قياس مع الفارق لأن الأب ليس بعاصب دائماً، بل تارة يرث بالتعصيب وتارة بالفرض وتارة يجمع بينهما، بخلاف الأخ الشقيق؛ فإنه لا يكون إلا عاصباً دائماً، فليس له إلا حالة واحدة، وقد تعجب صاحب «المغني» من كون الشافعي رحمه الله يذهب إلى توريث الأشقاء في هٰذه المسألة، مع أنه لا يقول بالاستحسان، بل يقول: من استحسن فقد شرع، ومع أنه أيضاً لا يقول بتوريث الجدة بقرابتين. أفاده الشيخ صالح الفوزان في «التحقيقات الفرضية» (ص ١٢٩ ـ ١٣١).

(فائدة): «من استحسن فقد شرع».

هٰذه المقولة مشهورة النسبة للإمام الشافعي رحمه الله تعالى، ولٰكن قال العطار في «حاشيته على جمع الجوامع» (٢ / ٣٩٥): «اشتهرت هٰذه العبارة عن الإمام الشافعي رحمه الله ونقلها الغزالي في «منخوله» (ص ٣٧٤) وغيره، ولٰكن قال المصنف في «الأشباه والنظائر»: أنا لم أجد إلى الآن هٰذا في كلامه نصاً، ولٰكن وجدت في «الأم»: «أن من قال بالاستحسان فقد قال قولاً عظيماً...» انتهى.

قلت: أفرد الإمام الشافعي باباً في «الرسالة» (ص ٥٠٣) وكتاباً في «الأم» (٧ / ٣٠٩) في إبطال الاستحسان ووصفه بأنه قول بالتشهي والهوى، وقال: «وإنما الاستحسان تلذذ».

ونسب العبارة السابقة للشافعي جل من تعرض للاستحسان من الأصوليين.

انظر مثلاً: «شرح التوضيح على التنقيح» (٣ / ١)، «نهاية السول» (٤ / ٤٠٣)، «كشف الأسرار» (٢ / ١٦٨)، «مختصر المنتهى» (٢ / ٢٨٨ ـ مع شرحه للعضد).

بقي بعد هٰذا: أن جلال الدين المحلي في «جمع الجوامع» (٢ / ٢٩٥) قال: «شرّع» بتشديد الراء، وتعقبه العطار في «حاشيته» (٢ / ٣٩٥) فقال: «جزم بتشديد الراء الزركشي وغيره»، وقال: «قال العراقي: ولا معنى للجزم بتشديدها، والذي أحفظه بالتخفيف، ويقال في نصب الشريعة: شرع بالتخفيف، قال تعالى: ﴿۞ شَرَعَ لَكُم مِّنَ ٱلدِّينِ مَا وَصَّىٰ بِهِۦ نُوحًا﴾ [الشورى: ١٣]».

وانظر: «أصول علم المواريث» (ص ٤٩ ـ ٥٠) لأحمد عبدالجواد.

(١) «المعونة» (٣ / ١٦٧١)، «الكافي» (٥٦٧)، «مواهب الجليل» (٦ / ٤١١)، «بداية المجتهد» (٢ / ٣٥٠ ـ ٣٥١)، «قوانين الأحكام» (٣٣٦)، «جامع الأمهات» (ص ٥٥١)، «تفسير القرطبي» (٥ / ٧٠)، «الشرح الكبير» (٤ / ٤١١).

مسعود[١] وغيره[٢]؛ لأنها ترث بالأب؛ فلا ترث مع بقائه لأن الأصول موضوعة

= وروي عن عثمان وعلي والزبير وزيد بن ثابت رضي الله عنهم: أنهم لم يورثوها، وبه قال الشعبي وطاوس وأبو حنيفة وأصحابه والشافعي وأحمد في رواية أبي طالب عنه وداود، والاعتبار في قول من لم يورث الجدة مع ابنها أن تنظر عدد الدرج؛ فكل جدة كانت في درجة أب أدلياً بشخص واحد، فهي زوجته فلا يمنعها الميراث، وإن كانت أعلى منه؛ فهي أمه أو جدته، فلا ترث، وإن كانت دونه؛ فليست منه برحم وترث في قول الجميع، فإن اجتمعن فأكثر الوارثات منهن بعدد درج الآباء، فترث مع الأب واحدة؛ لأنها بعد درجة من الميت، وهي أم الأم؛ لأنها لا تدلي به، وترث مع الجد جدتان؛ لأن الجد في الدرجة الثانية من الميت، وهما أم الأم وأم الأب؛ لأن أم الأم لا سبيل له عليها لأنها ليست بذات رحم منه، وأما أم الأب؛ فهي زوجته، وتسقط أمه وأمهاتها لكونه إبناً لهن، وترث مع جد جد الجد ست جدات، لأنه في الدرجة السادسة واحدة منهم من قبل الأم، وخمس من قبل الأب، إحداهن تدلي إليه بأمهات وأربع من أمهات آبائه، وتسقط أم جد جد الجد وأمهاتها؛ لأنه ابن لهن وإن بعدن؛ فعلى قياس هٰذا تعمل ما أتاك من هٰذا الفصل.

ومتى كان مع الجدة ابنها أو ابن ابنتها أو ابن ابنها وليس بوارث لعلة من كفر أو رق أو قتل أو كان عماً؛ فإنه لا يحجبها في قول الجميع. قاله أبو الخطاب الكلوذاني في «التهذيب في الفرائض» (ص ١٦٢).

انظر: «سنن الدارمي» (٢ / ٣٦٠)، «مصنف عبدالرزاق» (١٠ / ٢٧٦ ـ ٢٧٧)، «مصنف ابن أبي شيبة» (٦ / ٢٧٢)، «سنن سعيد» (١ / ٧٥)، «سنن البيهقي» (٦ / ٢٢٦)، «المحلى» (٩ / ٢٧٩)، «تفسير القرطبي» (٥ / ٧٠)، «المبسوط» (٢٩ / ١٦٩)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ٤٦٨ / رقم ٢١٤٤)، «المغني» (٦ / ٢١١)، «مختصر المزني» (٢٣٨، ٢٤٠)، «روضة الطالبين» (٦ / ٢٦)، «الحاوي الكبير» (٨ / ٩٤ ـ ط دار الكتب العلمية)، «المجموع» (١٧ / ٩٤ ـ ٩٥)

(١) أخرج ابن أبي شيبة في «المصنف» (٦ / ٢٧١ ـ ط دار التاج، و١١ / ٣٣١ / رقم ١١٣٤٨ ـ ط الهندية)، وسعيد بن منصور (رقم ١٠٩)، والبيهقي (٦ / ٢٢٦) في «سننهما»؛ عن أبي عمرو الشيباني قال: «كان عبدالله يورث الجدة مع ابنها، وابنها حي». لفظ ابن أبي شيبة، ولفظ سعيد: «ورث [ابن] مسعود جدة مع ابنها». وإسناده قوي.

وأخرج الدارمي في «سننه» (٢٩٤٤) عن إبراهيم النخعي؛ قال: قال عبدالله: ترث الجدة وابنها حي. وإسناده منقطع.

وأخرج عبدالرزاق في «المصنف» (١٠ / ٢٧٦ / رقم ١٩٠٩٠) عن الشعبي؛ قال: وكان عبدالله يورث الجدة مع ابنها.

(٢) ثبت هٰذا عن عمر.

على أن كل من أدلى إلى غيره بعصبة أو بولد لم يرث مع بقاء من يدلي به[(١)].

= أخرج سفيان الثوري في «الفرائض» (رقم ٣٠)، وابن أبي شيبة (١١ / ٣٣٠) وعبدالرزاق (١٩٠٩٤) في «مصنفيهما»، والدارمي (٢/ ٢٥٩) وسعيد بن منصور (رقم ٩٠) والبيهقي (٦/ ٢٢٦) في «سننهما»؛ عن سعيد بن المسيب: أن عمر بن الخطاب ورث جدّة رجل من ثقيف مع ابنها.

وروي عن سعد بن أبي وقاص على رواية وعمران بن حصين وأبي موسى الأشعري وأبي الطفيل عامر بن واثلة.

انظر: «مصنف ابن أبي شيبة» (٦ / ٢٧١)، «مصنف عبدالرزاق» (١٠ / ٢٧٨)، «سنن سعيد» (١ / ٧٧)، «المحلى» (٩ / ٢٧٩)، «سنن الدارمي» (٢ / ٣٦٠)، «سنن البيهقي» (٦ / ٢٢٦)، «فتح القريب المجيب» (١ / ٦٧) ـ وفيه مذهب سعد، ونقل عنه ابن حزم والسرخسي (٢٩ / ١٦٩) خلافه ـ، «المغني» (٦ / ٢١١)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ١٣١ ـ ١٣٢).

وبهٰذا قال شريح والحسن وابن سيرين وعروة بن الزبير وسليمان بن يسار ومسلم بن يسار وعطاء بن أبي رباح وأحمد بن حنبل في إحدى الروايتين عنه ـ وهي اختيار الخرقي ـ وإسحاق بن راهويه وأبو ثور.

انظر عدا المصادر السابقة: «تفسير القرطبي» (٥ / ٧٠)، «المبسوط» (٢٩ / ١٦٩)، «بداية المجتهد» (٢ / ٣٥١)، «الهداية» (٢ / ١٦٨)، «التهذيب في الفرائض» (١٦١)؛ كلاهما لأبي الخطاب، «المغني» (٦ / ٢١١)، «الإنصاف» (٧ / ٢١١) ـ وفيه: «وهو المذهب وعليه الأصحاب وهو من مفردات المذهب» ـ، «منتهى الإرادات» (٢ / ٥١٠)، «كشاف القناع» (٤ / ٤١٩)، «المبدع» (٦ / ١٣٤)، «حلية العلماء» (٦ / ٢٨٩) للشاشي.

وفيه أنه مذهب أبي حنيفة، وهو خطأ؛ فمذهبه ومذهب صاحبيه كالمالكية.

انظر: «مختصر الطحاوي» (١٤٤)، «السراجية» (ص ٢٨)، «المبسوط» (٢٩ / ١٦٩)، «الاختيار» (٥ / ٩٥)، «تبيين الحقائق» (٦ / ٢٣٠)، «حاشية ابن عابدين» (٦ / ٧٨٠).

(١) القول بأن من يدلي بشخص سقط به باطل طرداً وعكساً.

باطل طرداً: بولد الأم مع الأم، وهو ظاهر.

وباطل عكساً: بولد الابن مع عمهم، وولد الأخ مع عمهم، وأمثال ذٰلك مما فيه سقوط شخص بمن لم يدل به، وإنما العلة أنه يرث ميراثه؛ فكل من ورث ميراث شخص سقط به إذا كان أقرب منه، والجدات يقمن مقام الأم، فيسقطن بها وإن لم يدلين بها.

ولذا الراجح أنه يرث جنس الجدات المدليات بوارث، وأنّ الجدة لا تسقط بابنها.

انظر تفصيل ذٰلك في: «مجموع فتاوى ابن تيمية» (٣١ / ٣٥٢ ـ ٣٥٤)، «تحفة الأحوذي» (٦ / ٢٨٠)، «التحقيقات المرضية» (١٠٣ ـ ١٠٤).

مسألة ١٩٦٧

الجدة أم أب الأب غير وارثة(١)، خلافاً لأكثرهم(٢)؛ لأنها أم جد كأم جدات

---

(١) «المعونة» (٣ / ١٦٧١)، «الكافي» (٥٦٧)، «المنتقى» (٦ / ٢٣٨)، «التمهيد» (١١ / ٩٩)، «أسهل المدارك» (٣ / ٢٨٩)، «مواجب الجليل» (٦ / ٤١١)، «شرح زروق على الرسالة» (٢ / ٣٢٧)، «بداية المجتهد» (٢ / ٣٤٩ ـ ٣٥٠)، «جامع الأمهات» (ص ٥٤٩)، «عقد الجواهر الثمينة» (٣ / ٤٤٧)، «شرح الزرقاني على خليل» (٨ / ٢٠٨)، «حاشية الدسوقي» (٤ / ٤١١).
وقال الشاشي في «حلية العلماء» (٦ / ٢٨٧): «فأما أم أب الأب؛ فإنها ترث على ما نقله المزني، وروى أبو ثور: أنها لا ترث، فجعل أصحابنا في ذٰلك قولين: أشهرهما أنه ترث، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه». قال: «وروي في إحدى الروايتين عن زيد بن ثابت وسعد بن أبي وقاص أنها لا ترث، وبيه قال الزهري ومالك وربيعة وأبو ثور».
وجعل الجوهري في «نوادر الفقهاء» (ص ١٤١) عدم ميراثها من مفردات مالك!! وذكر الجصاص في «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ٤٦٩ ـ ٤٧٠) أن مذهب مالك كمذهب الجماهير، وزعم أن أيوب بن سليمان حكى هٰذا عن مالك، قال: «وهٰذا غلط منه على مالك»!!
ونقل محمد بن عبدالهادي في «تنقيحه» (٣/ ١٣٠) عن شيخه ابن تيمية قوله: «ولا يعلم عن أحد من أصحاب النبي ﷺ خلاف ذٰلك (أي أن أم أب الأب ترث)»، قال: «إلا ما روي عن سعد بن أبي وقاص، ولا يثبت أهل العلم بالحديث إسناده».

(٢) وهٰذا مذهب الحنفية.
انظر: «مختصر الطحاوي» (١٤٦)، «تبيين الحقائق» (٦ / ٢٣١)، «المبسوط» (٢٩ / ١٦٦)، «الاختيار» (٥ / ١٠٣)، «حاشية ابن عابدين» (٦ / ٧٧٢)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ٤٧٠).
وهو مذهب الشافعي.
انظر: «السنن الكبرى» للبيهقي (١ / ٢٣٦)، «روضة الطالبين» (٦ / ٩)، «الحاوي الكبير» (٨ / ١١٠ ـ ط دار الكتب العلمية)، «المجموع» (١٧ / ٨٤ ـ ٨٥)، «شرح المحلي على المنهاج» (٣ / ١٤٠)، «شرح الرحبية» (٦٦)، «نهاية المحتاج» (٦ / ٣٧).
وهو مذهب الحنابلة.
انظر: «المغني» (٦ / ٢٠٨ ـ ٢٠٩)، «الإنصاف» (٧/ ٣٠٩ ـ ٣١٠)، «منتهى الإرادات» (٢ / ٥١٠ ـ ٥١١)، «كشاف القناع» (٤ / ٤١٩)، «الإفصاح» (٢ / ١٠٣)، «التهذيب في الفرائض» (١٥٤)، «الهداية» (٢ / ١٦٨)، «العذب الفائض» (١ / ٦٥)، «الروض المربع» (ص ٢٥٢)، «الفوائد الشنشورية» (ص ١٦٧).

الأم، ولأن جهة[١] الأم في الميراث أقوى من جهة الأب، فإذا لم يرث من جهة الأم أكثر من جدتين؛ فجهة الأب أولى[٢].

مسألة ١٩٦٨

وإذا اجتمع جدتان قربى من جهة الأب وبُعْدَى من جهة الأم ورثتا[٣]، خلافاً لمن قال: إن القربى تسقطها[٤]؛ لأن أم الأب تدلي بالأب والأب لو اجتمع مع أم

---

(١) في (ط): «جنبة»، وكذا في الموطنين الآخرين في المسألة نفسها.

(٢) لا نزاع في أن من علت بالأمومة ورثت أفترث أم أم الأب وأم أم الأم بالاتفاق فيبقى أم أبي الجد؛ فأي فرق بينها وبين أم الجد؟!

فأم الجد ترث لأنها مدلية بأب وارث؛ فكل جدة أدلت بأب فهي وارثة، وهٰذا ما قال به الجماهير سلفاً وخلفاً.

وانظر ترجيحه في: «مجموع فتاوى ابن تيمية» (٣١ / ٣٥٢ ـ ٣٥٣)، «التحقيقات المرضية» (٩٩ / ١٠١).

(٣) «المعونة» (٣ / ١٦٧١)، «المنتقى» (٦ / ٢٤٠)، «بداية المجتهد» (٢ / ٣٥٠)، «جامع الأمهات» (ص ٥٥١)، «حاشية الدسوقي» (٤ / ٤١١)، «تفسير القرطبي» (٥ / ٧١).

وهٰذا هو القول الصحيح في مذهب الشافعية، ورواية عن أحمد.

وبهٰذا قال الزهري والأوزاعي وابن شبرمة وابن أبي ليلى، وهٰذا هو المشهور عن ابن مسعود.

انظر: «المصنف» (١٠/ ٢٧٦ ـ ٢٧٧) لعبدالرزاق، «المصنف» (٦/ ٢٧٠ ـ التاج) لابن أبي شيبو، «سنن الدارمي» (٢ / ٣٦٠)، «السنن» للبيهقي (٦ / ٢٣٦، ٢٣٧)، «المحلى» (٩ / ٢٧٨)، المراجع الآتية.

(٤) هو قول للذين يقيسون على مذهب زيد، أفاده الشاشي في «حلية العلماء» (٦/ ٢٨٨).

ومذهب الحنابلة والحنفية وأحد القولين للشافعية أن القربى من جهة الأب تسقط البعدى من جهة الأم، ووجه ذٰلك أنّ الجدات أمهات يرثن ميراثاً واحداً، فإذا اجتمعن مع اختلاف الدرجة؛ فالميراث لأقربهن.

انظر: «مختصر الطحاوي» (١٤٦)، «المبسوط» (٢٩ / ١٦٨)، «الاختيار» (٥ / ٩٦)، «تبيين الحقائق» (٦ / ٢٣٢)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ٤٦٩ / رقم ٢١٤٥)، «مختصر المزني» (١٣٩)، «المهذب» (٢ / ٢٦)، «مغني المحتاج» (٣ / ١٣)، «فتح الجواد» (٢ / ٨)، «شرح الرحبية» (٦٨ ـ ٦٩)، «الهداية» (٢ / ١٦٨)، «التهذيب في الفرائض» (ص ١٥٧) كلاهما لأبي الخطاب.

الأم لم يحجبها؛ فبأن لا يحجبها من يدلي بالأب أولى[١].

مسألة ١٩٦٩

إذا استغرق أهل الفرائض حقوقهم كان ما فضل لبيت المال ولا يرد على ذوي السهام[٢]، خلافاً لما روي عن علي وابن

= وهٰذا ظاهر كلام الخرقي. انظر: «المغني» (٩ / ٥٩).

ورواه الشعبي وإبراهيم عن زيد بن ثابت، وهو قول علي، وبه قال الحسن وابن سيرين وجابر بن زيد والثوري.

انظر: «السنن» لسعيد بن منصور (١ / ٧٥)، «السنن» (٢ / ٣٥٩) للدارمي، «المصنف» (١٠ / ١٧٦) لعبدالرزاق، «المصنف» (٦ / ٢٦٩ ـ ٢٧١ ـ ط التاج) لابن أبي شيبة، «السنن» (٦ / ٣٣٦) للبيهقي، «المحلى» (٩ / ٢٧٨)، «تفسير القرطبي» (٥ / ٧١).

(فائدة): معرفة ضابط الجدة الوارثة وضابط الجدة غير الوارثة:

الجدة الوارثة: وتسمى الجدة الصحيحة ـ هي كل جدة أدلت بمحض الأناث كأم الأم وأمهاتها المدليات بإناث خلص ـ، أو أدلت بمحض الذكور كأم الأب وأم أبي الأب وأم أبي أبي الأب، أو أدلت بإناث إلى ذكور كأم أم الأب وأم أم أم أبي أب ـ على خلاف في بعضهن يأتي توضيحه ـ إن شاء الله.

وأما الجدة غير الوارثة: وتسمى الجدة الفاسدة ـ فهي كل جدة أدلت بذكور إلى إناث كأم أبي الأم ـ وأم أبي أم الأب؛ فالوارثة إذاً: هي من أدلت بإناث خلص أو بذكور خلص أو بإناث إلى ذكور، وغير الوارثة: من أدلت بذكر بين أمين هي أحدهما.

انظر: «العذب الفائض» (١ / ٦٥)، «الفوائد الجلية» (١٣ ـ ١٤)، «الفوائد الشنشورية» (ص ١٠٠)، «التحقيقات المرضية» (٩٦).

(١) إن التي قِبَل الأم وإن كانت أبعد؛ فهي أقوى لكون الأم أصلاً في إرث الجدات؛ فعدل قرب التي من قبل الأب قولة التي من جهة الأم، فاشتركتا، أفاده الباجوري في «حاشيته على الفوائد الشنشورية» (ص ٩٩ ـ ١٠٠).

وانظر: «التحقيقات المرضية» (ص ١٠٢ ـ ١٠٣).

(٢) «الذخيرة» (١٣ / ٥٤)، «المنتقى» (٦ / ٢٢٤)، «بداية المجتهد» (٢ / ٣٥٢)، «قوانين الأحكام» (٤١٩)، «الشرح الكبير» (٤ / ٤١٦).

وهٰذا مذهب الشافعي وأبي ثور وداود وأحمد في رواية ابن منصور.

انظر: «الأم» (٤ / ٨٠)، «المهذب» (٢ / ٣٢)، «روضة الطالبين» (٦ / ٦)، «مغني المحتاج» (٣=

مسعود[١] رضي الله عنهما؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَتْ وَٰحِدَةً فَلَهَا ٱلنِّصْفُ﴾

= / ٦ ـ ٧)، «معرفة السنن والآثار» (٩ / ١٥٩)، «الهداية» (٢ / ١٦٩) للكلوذاني، «حلية العلماء» (٦ / ٢٩٤).

ونقل هٰذا عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم.

أخرج عبدالرزاق (١٠ / ٢٨٧ / رقم ١٩١٣٢)، وابن أبي شيبة (١١ / ٢٧٦، ٢٧٧) في «مصنفيهما»، وسعيد بن منصور (رقم ١١٣) والدارمي (٣١٣٢) والبيهقي (٦ / ٢٤٤) في «سننهم»؛ عن زيد بن ثابت أنه أتي في بنت ـ أو أخت ـ فأعطاها النصف، وجعل ما بقي في بيت المال. لفظ الدارمي.

ولفظ سعيد عن الشعبي: ما ردّ زيد بن ثابت على ذوي القرابات شيئاً قط، كان يعطي أهل الفرائض فرائضهم، ويجعل ما بقي في بيت المال إذا لم يكن عصبة.

وورد هٰذا عن أبي بكر وابن عمر وابن الزبير وابن عباس.

انظر: «مصنف ابن أبي شيبة» (١١ / ٢٧٦)، «شرح السنة» (٨ / ٣٥٨)، «المبسوط» (٢٩ / ١٩٣)، «التهذيب في الفرائض» (١٧٤).

(١) أخرج ابن أبي شيبة في «المصنف» (١١ / ٢٧٤ / رقم ١١٢١٣)، والدارمي (٣١٢٩ ـ مع «فتح المنان»)، وسعيد بن منصور (رقم ١١٧) في «سننهما» عن علقمة، وسفيان الثوري في «الفرائض» (رقم ١٧)، وابن أبي شيبة في «المصنف» (١١ / ٢٧٥ / رقم ١١٢١٤)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤ / ٣٩٩) عن مسروق، وسعيد بن منصور (١١٨)، والدارمي (٣١٩٢ ـ مع «فتح المنان»)، ومحمد بن الحسن في «الحجة على أهل المدينة» (٤ / ٢٢٧ ـ ٢٢٨) عن إبراهيم النخعي؛ ثلاثتهم عن ابن مسعود: أنه أتي في إخوة لأم وأم، فأعطى الإخوة من الأم الثلث والأم سائر المال، وقال: «الأم عصبة من لا عصبة له». لفظ الدارمي عن علقمة.

ولفظ سفيان: عن مسروق عن عبدالله في إخوة لأم وأم، فأعطى الإخوة للأم الثلث وأعطى الأم السدس، ورد ما بقي على الأم وقال: والأم عصبة من لا عصبة له، وكان لا يرد على الأخت لأب مع أخت لأب وأم، ولا على بنت الابن مع ابنة الصلب.

وإسناده صحيح.

وأخرج سعيد بن منصور (رقم ١١٢) والدارمي (٣١٢٨) في «سننهما»، وابن أبي شيبة في «المصنف» (١١ / ٢٧٦ ـ ٢٧٧ / رقم ١١٢٢٠، ١١٢٢١)؛ من طرق عن الأعمش، عن عبدالله في بنت وابنة ابن؛ قال: النصف والسدس، وما بقي فرد على البنت.

وأخرج سفيان الثوري في «الفرائض» (رقم ١٨، ٢٨) ـ ومن طريقه عبدالرزاق في «المصنف» (١٠ / ٢٨٦ / رقم ١٩١٢٨) والدارمي في «السنن» (رقم ٣١٣١) ـ وسعيد بن منصور في «سننه» (رقم =

[النساء: ١١]، ولأن من ورث مقداراً من فريضة لم يستحق زيادة عليه إلا بتعصيب كالزوج والزوجة، ولأن النسب أحد أسباب التوريث؛ فلم يستحق به الرد؛ كالنكاح[1].

= ١١٦)؛ عن محمد بن سالم، عن الشعبي: أن ابن مسعود كان لا يرد على أخ لأم مع أم، ولا على جدة إذا كان معها غيرها من له فريضة، ولا على بنت ابن مع بنت الصلب، ولا على امرأة وزوج.
قال: وكان علي يرد على كل ذي سهم إلا المرأة والزوج. وإسناده ضعيف.
فيه محمد بن سالم الهمداني، وهو ضعيف.
وأخرج ابن أبي شيبة في «المصنف» (١١ / ٢٧٣ رقم ١١٢٠٨)، وأحمد بن حنبل في «التاريخ والعلل» (١ / ٢٨٦ و٢ / ٢٤٤ رقم ١٧١٥، ١٧٦٣)، والفسوي في «المعرفة والتاريخ» (٣ / ١٩١)، ومحمد بن الحسن في «الحجة» (٤ / ٢٢٨ ـ ٢٢٩ ـ معلقاً)، والدارمي (رقم ٣٢٣٠)، والبيهقي (١ / ٢٤٢) في «سننهم»، وابن المنذر في «الأوسط» (٣ / ق ١٥٢ / ب)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤ / ٤٠٠)، والخطيب في «الكفاية» (٢٢٢) من طريق سويد بن غفلة أن علياً أتي في ابنة وامرأة وموالي، فأعطى الابنة النصف والمرأة الثمن، ورد ما بقي على الابنة ولم يعط الموالي شيئاً. وإسناده صحيح.
ويروى هٰذا عن عمر وابن عباس، وإليه ذهب أحمد في رواية أكثر أصحابه عنه، وأبو حنيفة وأصحابه، وإسحاق وأبو عبيد.
انظر: «السنن» (١ / ٩٠) لسعيد بن منصور، «الحجة على أهل المدينة» (٤ / ٢٢٨، ٢٣٠)، «المبسوط» (٢٩ / ١٩٢)، «السراجية» (ص ٧)، «تبيين الحقائق» (٦ / ٢٤٦)، «حاشية ابن عابدين» (٥ / ٥٠٢)، «الهداية» (٢ / ١٦٩)، «التهذيب في الفرائض» (ص ١٧٥)؛ كلاهما لأبي الخطاب، «الإنصاف» (٧ / ٣٠٧)، «كشاف القناع» (٤ / ٤٣٣)، «حلية العلماء» (٦ / ٢٩٤).

(١) الراجح مذهب القائلين بالرد، وذٰلك لعموم قوله تعالى: ﴿وَأُولُوا۟ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِى كِتَٰبِ ٱللَّهِ﴾ [الأنفال: ٧٥]، وهٰؤلاء من أولى الأرحام وقد ترجحوا بالقرب إلى الميت، فيكونون أولى من بيت المال لأنه لسائر المسلمين وذو الرحم أحق من الأجانب عملاً بالنص.
ولعموم قوله ﷺ فيما أخرجه الشيخان: «ومن ترك مالاً فهو لورثته»، وهٰذا عام في جميع المال فيشتمل المتبقي بعد الفروض فيكون للورثة دون بيت المال.
وكذا ما جاء في حديث سعد بن أبي وقاص في «الصحيحين» أيضاً أنه قال للرسول ﷺ: «ولا يرثني إلا ابنة لي».
ووجه الدلالة منه أن الرسول ﷺ لم ينكر على سعد حصر الميراث على ابنته، ولولا أن الحكم كذٰلك لأنكر عليه ولم يقره على الخطأ.

مسألة ١٩٧٠

ولد الملاعنة العربية يكون ما فضل عن حق أمه للمسلمين[(١)]، وقال ابن مسعود: هي عصبة يكون الفاضل لها، فإنْ عُدِمَتْ؛ فلعصبتها[(٢)].

= ويؤكد هذا المعنى؛ فإن أصحاب الفروض أحق من بيت المال بما بقي بعد الفروض من مال مورثهم؛ فحرمان أقاربه منه ميل وجنف ومعارضة لقوله تعالى: ﴿وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَٰبِ ٱللَّهِ﴾ [الأنفال: ١٧٥]، ولذلك نجد أن بعض المخالفين يرون الرد على أصحاب الفروض إذا لم ينتظم ببيت المال وما ذاك إلا لأجل قرابتهم فيلزمهم طرد ذلك، فإن سبب الرد وهو القرابة لا يؤثر عليه انتظام بيت المال. انظر: «التحقيقات المرضية» (ص ٢٥٠ ـ ٢٥١).

(١) «المدونة» (٣ / ٨٦)، «التفريع» (٢ / ٣٣٧)، «الكافي» (٥٥٥)، «المعونة» (٣ / ١٦٥٥)، «المنتقى» (٦ / ٢٥٤)، «بداية المجتهد» (٢ / ٣٥٥)، «قوانين الأحكام» (٣٣٨)، «أسهل المدارك» (٣ / ٣٢٢).

وهذا مذهب الشافعي وأبي ثور وداود.

انظر: «مختصر المزني» (ص ١٤١)، «المجموع» (١٧ / ١٦٦ ـ ١٦٧)، «روضة الطالبين» (٦ / ٤٣)، «الحاوي الكبير» (٨ / ١٥٩ ـ ط دار الكتب العلمية)، «شرح السنة» (٨ / ٣٦٢)، «حلية العلماء» (٦ / ٣٠٣).

(٢) أخرج ابن أبي شيبة في «المصنف» (١١ / ٣٣٦ / رقم ١١٣٦٦)، والدارمي في «السنن» (١٠ / ١١٣ / رقم ٣١٣٤ ـ مع «فتح المنان»)، والطبراني في «المعجم الكبير» (٩ / ٣٩٠ / رقم ٩٦٦٢)؛ عن إبراهيم، عن عبدالله في ابن الملاعنة؛ قال: ميراثه لأمه. و زاد ابن أبي شيبة عن إبراهيم: «فإن كانت أمه قد ماتت يرثه ورثتها».

وله ألفاظ وطرق أخرى يشد بعضها بعضاً، انظرها عند الدارمي في: «سننه» (رقم ٣١٣٧، ٣١٤٠، ٣١٤٢، ٣١٤٣، ٣١٥١، ٣١٥٢ ـ مع «فتح المنان»)، وسعيد بن منصور في «سننه» (رقم ١١٩)، وابن أبي شيبة في «مصنفه» (١١ / ٣٣٩، ٣٤١ / رقم ١١٣٧٥، ١١٣٨٣)، وعبدالرزاق في «مصنفه» (٧ / ١٢٤ / رقم ١٢٤٧٩)، والطبراني في «الكبير» (٩ / ٣٩٠ / رقم ٩٦٦٣)، والبيهقي في «سننه» (٦ / ٢٥٨).

وورد ذكر لعلي مقروناً مع ابن مسعود، عند الدارمي (٣١٥١، ٣١٥٢)، وابن أبي شيبة (١١٣٧٥، ١١٤٠٤)، وعبدالرزاق (١٢٤٨٢)، والطبراني (٩٦٦٣)، وسعيد بن منصور (١٢٠)، والبيهقي (٦ / ٢٥٨)، ولعلي وحده عند الدارمي (٣١٣٦) وعبدالرزاق (١٢٤٨١).

وروي هذا عن ابن عمر عند الدارمي (٣١٥٥) وعبدالرزاق (١٢٤٧٨، ١٢٤٩٣)، وابن أبي شيبة (٩ / ٥٦١ و١١ / ٣٣٩ ـ ٣٤٠ ـ ط الهندية).

فدليلنا أن الأم لها رحم فلا تكون عصبة بالنسب على وجه كالأخوة للأم، ولأنَّ عصبتها أخوال؛ فلا تعصب فيهم؛ كغير الملاعنة[١].

كمل «كتاب الإشراف» والحمد لله على التمام[٢]

تأليف الإمام القاضي أبي محمد عبدالوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي رحمه الله ورضي الله عنه وأرضاه، وجعل الجنة مأواه بحمد الله وصلى

= وعن ابن عباس أيضاً، عند الدارمي (٣١٥٧) وعند عبدالرزاق (٧ / ١٢٥) عنه في ولد الملاعنة: «ترث أمه منه الثلث، وما يبقى في بيت المال».

وبقول ابن مسعود، قال أحمد بن حنبل في رواية الأثرم وحنبل عنه، واختاره الخرقي، وهو مذهب الحسن وابن سيرين وجابر بن زيد وعطاء والشعبي والنخعي وسفيان والحكم وحماد والحسن بن صالح.

انظر عدا المصادر السابقة: «الفرائض» لسفيان (رقم ٤٧)، «شرح السنة» (٨ / ٣٦٢)، «فتح الباري» (٩ / ٤٦٠)، «الإنصاف» (٧ / ٣٠٩)، «منتهى الإرادات» (٢ / ٥٠٩)، «كشاف القناع» (٤ / ٤١٧)، «تنقيح التحقيق» (٣ / ١٣٢)، «التهذيب في الفرائض» (٢٧٨).

وذهب أبو حنيفة وأصحابه: يعطى ذوو الفروض فروضهم، والباقي لموالي أمه، فإن لم يكن لها موال رد على ذوي الفروض على قدر فروضهم، فإن لم يكن هنالك ذو فرض ورث منه ذوو الأرحام كما يرثون من غيره.

انظر: «الحجة على أهل المدينة» (٤ / ٢٢٤)، «مختصر الطحاوي» (١٤٩)، «المبسوط» (٢٩ / ١٩٨)، «مختصر اختلاف العلماء» (٤ / ٤٧٩ / رقم ٢١٤٨)، «تبيين الحقائق» (٦ / ٢٤١)، «حاشية ابن عابدين» (٦ / ٧٧٦ ـ ٧٧٧).

(١) ما قرره المصنف قال به زيد بن ثابت؛ كما عند عبدالرزاق (٧ / ١٢٥ / رقم ١٢٤٨٥) وابن أبي شيبة (٦ / ٢٧٣ ـ ط التاج أو ١١ / ٣٣٧ / رقم ١١٣٦٩ ـ ط الهندية) في «مصنفيهما»، والدارمي (٣١٣٩) والبيهقي (٦ / ٢٥٨ ـ ٢٥٩) في « سننهما» بسندٍ لا بأس به، ولفظ الدارمي: «عن زيد في ميراث ابن الملاعنة، قال: لأمه الثلث، والثلثان لبيت المال».

وأما علي؛ فرويت عنه ثلاث روايات، وعن ابن مسعود روايتان، والمشهور عنه المذكور، وعن ابن عمر وابن عباس كالرواية عن أحمد، ولا خلاف عنهما في ذٰلك، والله الموفق للخيرات والهادي للصالحات.

(٢) في (ط): كمل الكتاب والحمد لله رب العالمين، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم، وصلّى الله على سيدنا محمّد وآله وصحبه وسلّم أفضل التسليم.

الله على سيدنا محمد وسلم تسلماً، على يد كاتبه العبد الحقير الذليل الراجي عفو مولاه وغفرانه علي بن عبدالعزيز المليتي العامري الحمروني أصلاً غفر الله له ولوالديه ولمشايخه ولمقرِّئيه القرآن ومعلمه.

ووافق الفراغ من نسخه يوم السبت ضحى، في رجب
سنة ست وثلاثين ومئتين وألف من الهجرة النبوية
على صاحبها أفصل الصلاة وأزكى التسليم،
وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين،
ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم.

* * * * *

الفهارس الواردة في هذا المجلد

* * *



بين يدي الفهارس

حرصت في هذه الفهارس على إبراز ما حواه هذا الكتاب من درر وكنوز، قلَّ أن يقف عليها الباحث، ورتبته مراعياً ماهية المادة العلمية عند المصنف، قاصداً خدمة كتب فقه الخلاف، وميسراً على مَنْ رام دراسة مسألة أو باب من أبواب الفقه فيه، أو قصد إظهار فقهِ واختيارِ عالم من العلماء المحققين على وجه الخصوص.

وصنعتُ الفهارس على النحو التالي:

* فهرس الآيات القرآنية (ورتبته على حسب ترتيبها في القرآن الكريم).
* فهرس الأحاديث الشريفة والآثار السلفية (ورتبته على الحروف).
* فهرس الأحاديث الشريفة والآثار السلفية (ورتبته على حسب قائليها).
* فهرس القواعد الفقهية والأصولية والضوابط (ورتبتها على الحروف).
* فهرس الغلط على الأئمة (ورتبته على أسماء من غُلط عليه من الفقهاء والعلماء، وذكرت رؤوس المسائل فيه).
* فهرس الفوائد الفقهية والعلمية (ورتبتها على الحروف).
* فهرس غريب الألفاظ والمصطلحات العلمية (ورتبتها على الحروف).
* فهرس الأعلام (ورتبتُه على الحروف).
* فهرس الجرح والتعديل (ورتبتُه على الحروف).

* فهـــرس الطوائـــف والفـــرق والمذاهب والجماعات والبلدان (ورتبته على الحروف).

* فهرس الأشعار (ورتبتُه على القوافي).

* فهـــرس مذاهب العلماء والفقهاء واختياراتهم (ورتبته على الحروف حسب أسمائهم).

وفي ظـــني أن هذا الفهرس يختزل أوقاتاً طويلةً على العلماء وطلبة العلم والباحثين، ويُظهر فوائده ودقائقه على وجه السُّرعة والدِّقَّة، وراعيتُ ما أَثبت في الهوامـــش مـــن تعلـــيقات وشروح، وتعقبات وتخريجات، وترجيحات، وأدرجتها ضمن بعض[1] الفهارس السابقة، ورمزتُ لها بحرف (ت)

والمرجو من الله ــ سبحانه وتعالى ــ أن يقع فيه النَّفع، وأن يحقق منه القصد، إنه وليٌّ ذلك، والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات.

* * *

---

(١) وهي: فهارس الأحاديث والآثار، والغلط على الأئمة، والغريب، والجرح والتعديل، ومذاهب العلماء.

فهرس الآيات

سورة الأنعام

سورة الأعراف

* * *

فهرس الأحاديث والآثار مرتبة على الحروف[1]

---

(١) ما قبله (ث) فهو أثر، وما قبله (ت) فهو في الهامش.

(١) عند المصنف: أم سلمة وهو خطأ.

ث

(١) في الأصل أنس وهو خطأ.

(ث)

فهرس الأحاديث والآثار مرتبة على قائليها

إبراهيم النخعي

أبي بن عمارة

أبي بن كعب

الأشعث بن قيس

الأعرج

أنس بن مالك

البراء بن عازب

بريدة الأسلمي

جابر بن سمرة

جابر بن عبد الله

خالد بن الوليد

خباب بن الأرت

خزيمة بن ثابت

خفاف بن إيماء

رافع بن خديج

سليك الغطفاني

سليمان بن يسار

سمرة بن جندب

سهل بن أبي حثمة

سهل بن بيضاء

سهل بن سعد

سويد بن غفلة

سويد بن قيس

سيرين (مولى أنس)

شرحبيل بن السمط

شريح

شريك

شريك آخر

الشعبي

طاوس

طلحة بن عبدالله بن عوف

طلحة بن عبيدالله

طلق بن علي

عبدالله بن عمر

عبدالله بن عمرو

عمر بن عبد العزيز

عمرو بن عبسة

عمرو بن عوف

غيلان بن أسلم

فضالة بن عبيد

الفضل بن العباس

فيروز الديلمي

القاسم بن محمد

القاسم مولى عبد الرحمن

قبيصة بن ذؤيب

قبيصة بن مخارق

قتادة

قدامة بن مظعون

قيس بن عاصم

كعب بن زيد

كعب بن عجرة

كعب بن مالك

مسروق

المسور بن مخرمة

فهرس الكنى

أبو خالد الأحمر

أبو الدرداء

أبو ذر

فهرس الأبناء

فهرس المجاهيل

فهرس النساء

عائشة بنت أبي بكر

كنى النساء

مجاهيل النساء

المبهمون

* * *



المحتويات والموضوعات

الجزء الرابع والعشرون

الجزء الخامس والعشرون

* * *